DAS RECHTSGESCHÄFTLICHE VERÄUSSERUNGSVERBOT

(VERBOT DER VERÄUSSERUNG EINES VERÄUSSERLICHEN RECHTS)

NACH GEMEINEM RECHT UND B. G. B.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

GENEHMIGT

VON DER JURISTISCHEN FAKULTAT

DER

GROSSHERZOGLICHEN LANDESUNIVERSITÄT ROSTOCK

VON

CARL KISTNER

KAMMERGERICHTSREFERENDAR.

AGAD. LAUGD.BAT BIBL.

BERLIN 1903.

DRUCK VON CARL ROSEN, BERLIN SW. 19, BEUTH-STRASSE 2.

Inhalt.

I.

Einleitung.

§ 1: Beschränkung eines Rechts . . . . . 7—8

II.

Allgemeiner Teil.

§ 2: Bedeutung der Veräusserungsverbote im allgemeinen . . . . 9—11
§ 3: Tragweite eines Veräusserungsverbotes . . . . . 11—17
§ 4: Gegenstand der Veräusserung . . . . . 17—24
§ 5: Das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot . . . . . 24—26

III.

Besonderer Teil.

A. Das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot nach gemeinem Recht.

1. Das vertragsmässige Veräusserungsverbot.

a) Pactum de non alienando.

§ 6: Die Frage nach der Giltigkeit eines pactum de non alienando . 27—30
§ 7: Die Frage nach dem Interesse im Schuldverhältnisse . . . . 30—36
§ 8: Die verschiedenen Arten der giltigen pacta d. n. a. . . . . 36—40
§ 9: Die Wirkung des pactum de non alienando . . . . . 40—42
§ 10: Kontroversen und deren Lösung . . . . . 42—50
§ 11: Singularität der l 7 § 2 D. 20, 5 . . . . . 50—57

b) Pactum de non cedendo.

§ 12: Bedeutung des pactum de non cedendo . . . . . 57—60
§ 13: Die Wirkung des p. d. n. c. . . . . 60—66
§ 14: **2. Das testamentarische Veräusserungsverbot** . . 66
§ 15: Nudum praeceptum . . . . . 66—70
§ 16: Verbindlichkeit des testamentarischen Veräusserungsverbotes . 70—72
§ 17: Wirkung des testamentarischen Veräusserungsverbotes . . . 72—77

B. Das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot nach B.G.B.

§ 18: Bedeutung des § 137 B.G.B. . . . . 77—78
§ 19: Wirksamkeit des rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbotes . 78—83
§ 20: Das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot in der Form einer Resolutivbedingung . . . . . 83—85
§ 21: Die Verpflichtung zur Nichtveräusserung als Vormerkung . . 85—86
§ 22: Der Nichtveräusserungsvertrag des Hypothekengläubigers mit seinem Schuldner . . . . . 86—88
§ 23: Das vertragsmässige Cessionsverbot . . . . . 88—91
§ 24: Die praktischen Folgen der dinglichen Kraft des vertragsmässigen Cessionsverbotes . . . . . 91—93
§ 25: Die letztwilligen Veräusserungsverbote . . . . . 93—95

Verzeichnis der benutzten Litteratur.

1. Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 14. Aufl. 1889.
2. Bekker, System des heutigen Pandektenrechts. 1. Bd. Weimar 1886.
3. Böcking, Pandekten des römischen Privatrechts. 1. Bd. Bonn 1853. 2. Aufl.
4. Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Erlangen. 2. Aufl. 1886.
5. Brunner in Endemanns Handbuch des deutschen Handelsrechts. Bd. 2. 1882.
6. Brütt, Das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot. Inaug.-Diss. Berlin 1900.
7. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Stuttgart 1898.
8. Crome, System des bürgerlichen Rechts. 1900.
9. Dernburg, Pandekten. 6. Aufl. 1901.
10. Dernburg, Das bürgerliche Recht. 1900/1901.
11. Dernburg, Preussisches Privatrecht. 5. Aufl. 1894. Bd. 1.
12. Dernburg, Pfandrecht. Leipzig 1864.
13. Eckstein, Die Uebertragbarkeit der Forderungen nach künftigem deutschem Reichsrecht. Inaug.-Diss. Erlangen 1898.
14. Enneccerus u. Lehmann, Das bürgerliche Recht. 1901.
15. Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 7. Aufl. 1900.
16. Fischer-Henle, B.G.B.
17. Fitting, Ist in jedem Veräusserungsverbote von selbst auch ein Ersitzungsverbot enthalten? Im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. 47.
18. Fitting, Wesen des Titels bei der Ersitzung. Im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. 51.
19. Fritz, Erläuterung zu Wening-Ingenheims Lehrbuch 1833. 1. Heft. Freiburg.
20. Gareis, Kommentar zum B.G.B. Allgem. T. 1900.
21. Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten, Kommentar, 16. Teil, 1. Abt. 1814.
22. Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. 2. Bd. 1. Abt. 1843 Göttingen.
23. Goldmann u. Lilienthal, Kommentar zum B.G.B.
24. Haidlen, Kommentar zum B.G.B. 1897.
25. Hölder, Kommentar zum B.G.B. 1900. Bd. 1.
26. Kohlen, Das Affektionsinteresse bei Obligationen. Inaug.-Diss. Erlangen 1898.
27. Kohler, Das Obligationsinteresse in Kohlers Archiv. 12. Bd. 1897.
28. Kohler, Pfandrechtliche Forschungen. Jena 1882.
29. Lauk in Lindes Zeitschrift für Civilrecht u. Prozess. 5. Bd. 1832.
30. Leonhard, Der allgemeine Teil des B.G.B. 1900.
31. Lewis, Das Recht des Familienfideikommisses. Berlin 1868.
32. Matthiae, Kontroversen-Lexikon I. 1856.
33. Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1900.

34. Meisner, Kommentar zum B.G.B. 1. Buch.
35. Mittermaier, Lehrbuch des deutschen Privatrechts. Landshut 1821.
36. Motive zum Entwurf eines B.G.B. Bd. 2 u. 3.
37. Mühlenbruch, Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte. 3. Aufl. Greifswald 1836.
38. Oertmann, Kommentar zum B.G.B. Das Recht der Schuldverhältnisse. 1899.
39. Pagenstecher, Die römische Lehre vom Eigentum in ihrer modernen Anwendbarkeit. Heidelberg 1857.
40. Pernice, Marcus Antistius Labeo.
41. Plank, Kommentar zum B.G.B. Berlin 1897. Bd. 1. Bd. 2. 1900.
42. Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des B.G.B.
43. Puchta, Veräusserung gegen Vertrag, in der Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. 12.
44. Randa, Das Eigentumsrecht. 2. Aufl. 1893. Leipzig.
45. Regelsberger, Pandekten I.
46. Rehbein, Kommentar zum B.G.B.
47. Reinecke, Steht das zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner bei Begründung des Obligationsverhältnisses geschlossene pactum de non cedendo dem Cessionar entgegen, wenn er die trotz jener Uebereinkunft cedierte Forderung einklagt? Inaug.-Diss. Greifswald 1892.
48. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Leipzig 1841.
49. Scherer, B.G.B. Kommentar. Allgem. T. I. 1898.
50. Schlesinger, Wirksamkeit des pactum de non cedendo. Inaug.-Diss. Erlangen 1892.
51. Schmid, Handbuch des gegenwärtig geltenden gemeinen deutschen bürgerlichen Rechts. 1. Bd. Leipzig 1847.
52. Seuffert, E. A., Das gesetzliche Veräusserungsverbot. Inaug.-Diss. 1854.
53. Seuffert, L., Das pactum de non cedendo nach gem. Recht, im Archiv f. d. civil. Praxis Bd. 51.
54. Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts. Halle 1836.
55. Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht. 1. Bd. Leipzig 1844.
56. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1897.
57. Staudinger, Kommentar zum B.G.B. Bd. 2. 1900.
58. Stegemann, Das pactum de non cedendo, im Archiv f. d. civil. Praxis Bd. 67.
59. v. Treskow, Ueber das Erfordernis eines in Gelde schätzbaren Interesses für die Klagbarkeit von Obligationen. Inaug.-Diss. Erlangen 1899.
60. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 1. Bd. 7. Aufl. Marburg u. Leipzig 1863.
61. Wächter, Pandekten. 1. u. 2. Teil. 1880/1881.
62. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gem. Civilrechts. 1. Bd. 1827 München.
63. Wendt, Pandekten. 15. Aufl. 1888.
64. Windscheid, Lehrbuch d. Pandekten rechts, bearbeitet von Kipp. 8. Aufl. 1900.

§ 1.

Einleitung.

Wem ein Recht gegeben ist, dem sind damit auch alle die Befugnisse gegeben, die sich aus jenem herleiten. Sie bilden ja gerade die Bestandteile des Rechts im subjektiven Sinne oder, wie Regelsberger sagt, dessen „Ausflüsse", so dass man das Recht selbst als den Inbegriff der aus ihm hervorgehenden Befugnisse bezeichnen könnte. Gleichviel ob man nun das Recht als die Summe der Befugnisse oder als das „Befugniscentrum"[1]) betrachtet, stets wird doch die Ausübung der einzelnen, seine Bestandteile bildenden oder von ihm ausstrahlenden Befugnisse als die Ausübung des Rechtes selbst anerkannt werden müssen. „Die Beobachtung des kraft des Rechtes befugten Verhaltens"[2]) wird stets als rechtmässiges Tun oder Unterlassen gelten müssen.

Nun können aber einzelne Befugnisse, die ein Recht gewährt, aufgehoben oder beschränkt sein, sei es im öffentlichen oder privaten Interesse, durch gesetzliche Bestimmungen oder durch rechtsgeschäftliche von der Rechtsordnung mit Wirksamkeit ausgestattete Anordnungen. Damit ist zugleich das Recht selbst eingeengt worden; denn als das Befugniscentrum lässt es jetzt weniger oder doch schwächere Rechtsbefugnisse aus sich herausfliessen, und als die Befugnissumme ist es eben durch die Entziehung oder Beschränkung einzelner seiner Bestandteile schwächer geworden. Folglich muss nun aber auch die Ausübung des Rechtes „hinter seinem eigentlichen Inhalte zurückbleiben".[3]) Der an sich Berechtigte kann daher sehr wohl seine Willensmacht, sein „Wollendürfen", wie Windscheid sagt, überschreiten, wenn er sich auch kraft des ihm zustehenden Rechtes so verhält, wie es ihm ein solches in der Regel verstattet. Sein Machtkreis ist ein engerer geworden. Uebt er dessen ungeachtet die ihm entzogenen oder geschmälerten Befugnisse aus, so überschreitet er seine Rechtssphäre; er tut oder unterlässt etwas, wozu er im gegebenen Falle nicht berechtigt ist.

Während es nun keine Frage sein kann, dass die Rechtsordnung, die den Inhalt der subjektiven Rechte bestimmt und dem Rechtsträger die Gesamtheit der Befugnisse gibt, ihm diese jederzeit auch wieder zu entziehen oder zu beschränken vermag und

---

[1]) Regelsberger, Pandekten I, S. 76.
[2]) Hölder, Kommentar zum B.G.B. (§ 226) I. S. 455.
[3]) Bekker, System des Pandektenrechts, S. 69.

die Nichtachtung ihrer Gebote als Verletzung ihrer eigenen Integrität ahnden muss, wird hingegen der Privatwille nur dann die Kraft haben, die potestas agendi eines Berechtigten einzuengen, wenn ihm diese von der Rechtsordnung zugebilligt worden ist. Denn „der Inhalt der Rechte ist durch Rechtsbestimmung gegeben und der Bestimmung durch Rechtsgeschäft nur insoweit zugänglich, als diese durch Rechtsbestimmung zugelassen ist.“[4]) Nur wenn „das Gesetz die Möglichkeit der Ausschliessung“[4]) einer Befugnis durch den Privatwillen bestimmt, kann dieser die volle Wirkung haben. Denn dann hat die rechtsgeschäftliche Anordnung durch Vermittelung des Gesetzes dieselbe Kraft wie das Gesetz selbst. Folglich muss auch von ihr dasselbe gelten, als wenn das Gesetz selbst unmittelbar die in dem Rechte liegende Befugnis aufhebt. Die allgemeine Rechtsbestimmung, die dem Rechte im subjektiven Sinne eine bestimmte potestas entspringen lässt, muss auch in diesem Falle von subsidiärer Geltung sein im Verhältnis zu der besonderen Norm, die diese Befugnis durch Rechtsgeschäft ausschliessen oder beschränken lässt.

Allein nur in seltenen Fällen wird die Rechtsordnung dem Privatwillen die Kraft verleihen, die Machtbefugnisse eines Berechtigten mit voller Wirkung zu beschränken, so dass diesem deren Ausübung unmöglich gemacht wird. Der rechtsgeschäftlichen Anordnung wird diese dingliche Wirkung meist fehlen, so dass dem Rechtssubjekt die Möglichkeit, alle seine Befugnisse mit voller Giltigkeit auszuüben, verbleibt. Die Bedeutung der Privatdisposition wird in diesem Falle nur ein rechtliches Gebundensein von Person zu Person sein, dessen Nichtbeachtung nur obligatorische Wirkung hat.

Zu den regelmässigen Befugnissen vieler Rechte gehört nun auch die potestas alienandi, die Befugnis der Veräusserung dieser Rechte. Die Aufhebung oder Beschränkung derselben durch die sogenannten Veräusserungsverbote ist daher von der grössten Wichtigkeit.

Allgemein anerkannt und mit voller Wirkung ausgestattet, stehen die gesetzlichen und, nur in ihrer besonderen Stellung bestrittenen, richterlichen Veräusserungsverbote gegenüber den durch Rechtsgeschäft begründeten, mit deren Giltigkeit und Wirkung wir uns in folgender Abhandlung beschäftigen wollen.

---

[4]) Hölder, Kommentar z. B.G.B. (§ 137).

§ 2.

Bedeutung der Veräusserungsverbote i. A.

Die Doktrin des gemeinen Rechts hat hinsichtlich der Lehre von den Veräusserungsverboten keinen befriedigenden Abschluss gebracht. So finden wir noch in den jüngst erschienenen Pandektenlehrbüchern Windscheids und Dernburgs das Verbot der Veräusserung beschränkt auf die Veräusserung dinglicher Rechte und daher im sachenrechtlichen Teile behandelt. Und doch erkannte schon die gemeinrechtliche Theorie und Praxis auch die persönlichen Rechte als veräusserliche Rechte an und stellte Normen auf, welche deren Veräusserung verboten. So war z. B. „bei Strafe der Verwirkung der Forderung die Cession einer Forderung an potentiores, d. h. Personen, die ein derartiges soziales Uebergewicht haben, dass der Schuldner ihnen gegenüber die Fortsetzung des Prozesses nicht füglich wagen kann[5]), verboten. Das Gleiche gilt von der Uebertragung einer Forderung an den Bevormundeten auf dessen Vormund.[6]) Nach dem R.A. von 1551 § 79 und der R.P.O. von 1577 Tit. 20 § 4 war endlich verboten, dass ein Jude seine Forderung an einen Christen anderen Christen cediere.“[7]) Auch das pactum de non cedendo war mit der Cessibilität der persönlichen Rechte ermöglicht. Dennoch sind die gesetzlichen und rechtsgeschäftlichen Verbote, die sich auf die Veräusserung der verschiedenen Rechte bezogen, niemals gemeinsam behandelt worden. Der Grund dieser Trennung ist nicht ersichtlich. Wohl lässt sich die gesonderte Betrachtung der Arten und Formen der Veräusserung eines ius in re und der Veräusserung eines Forderungsrechtes erklären, denn hier kommen Rechte in Betracht, für die die Person ihres Inhabers völlig indifferent ist, deren wesentlichstes Merkmal gerade die Veräusserlichkeit ist, während es sich dort nur um Verbindlichkeiten handelt, d. h. um rein persönliche Verhältnisse, die nur zwischen zwei bestimmten Rechtssubjekten bestehen können und nur unter besonderen Voraussetzungen der Veräusserung fähig sind. Diese Verschiedenartigkeit der inneren Natur beider

---

[5]) 1 2 C. ne liceat potentioribus 2, 13.

[6]) nov. 72 cap. 5.

[7]) Dernburg, Pandekten II, S. 141.

Rechtsarten begründet auch die verschiedenartige Behandlung ihrer äusseren Erscheinungen. Das Bestreben, sie in keiner Weise mit einander zu confundieren, mag nun anerkannt werden. Was haben aber die Veräusserungsverbote als solche mit dem Wesen der einzelnen Rechte zu tun? Sie berühren ja gar nicht deren innere Gegensätze, sondern betreffen nur eine Befugnis, die, wo sie bei einem Rechte gegeben ist, stets die gleiche ist. Deshalb hat das Bürgerliche Gesetzbuch eine weit zweckmässigere Behandlung der Veräusserungsverbote eingeführt, indem sie dieselben in den §§ 135—137 sowohl auf die dinglichen, als auch auf die persönlichen Rechte sich erstrecken lässt.

Die Veräusserungsverbote beziehen sich nun in erster Linie nicht auf die Veräusserung selbst, sondern vielmehr auf die Veräusserungsbefugnis: die Berechtigung zur Vornahme der tatsächlichen Ausübung des Rechts soll in einer Hinsicht dem einzelnen oder jedem untersagt werden, der an sich hierzu befugt ist. Die Machtfülle des Berechtigten wird also beschränkt; von den Befugnissen, die ihm das Recht gewährt, wird ihm die potestas alienandi genommen oder gemindert.

Die Veräusserungsbefugnis, ein Bestandteil oder, wie Regelsberger will, ein Ausfluss eines jeden veräusserlichen Rechtes, wird in der Regel dem Rechtsträger selbst zustehen. Da sie aber nur ein Teil oder eine „Ausstrahlung“[8]) des subjektiven Rechtes ist, so ist es sehr wohl möglich, dass sie auch von einem anderen (als dem Rechtsträger) ausgeübt werden kann. Die Veräusserungsbefugnis ist ja nicht das Eigentums- oder Forderungsrecht selbst. — Es kann also vorkommen, dass der Eigentümer nicht berechtigt ist, sein Eigentum zu veräussern, dass der Gläubiger seine Forderung nicht cedieren kann, sondern dass der zur Veräusserung Berechtigte ein ganz anderer ist als derjenige, dem das Recht selbst gehört. So hat auch schon Gaius erklärt, dass das Recht und die aus ihm hervorgehende potestas alienandi verschiedenen Personen zustehen könne, indem er II, 62 sagt: accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienandae rei potestatem non habeat, et qui dominus non sit alienare possit. Die Veräusserungsbefugnis entspringt dem subjektiven Rechte, sofern dies ein veräusserliches ist, sie gehört also zum Inhalte desselben, trotzdem kann sie für sich bestehen und braucht nicht an die Person dessen, der die übrigen aus dem Rechte sich ergebenden Befugnisse auszuüben berechtigt ist, gebunden zu sein. Das Veräusserungsverbot richtet sich daher sowohl an den Rechtsträger, als auch, wenn ihm die potestas alienandi nicht zu-

[8]) Regelsberger, Pandekten I, S. 76.

steht, an denjenigen, der zu ihrer Betätigung berechtigt ist. Diese Berechtigung ist es, die durch das Verbot der Veräusserung in erster Linie betroffen wird. Mit ihrer Aufhebung wird freilich zugleich auch die Veräusserung selbst verboten.

Da der Begriff der Veräusserung sowohl bei den Römern, wie auch nach unserem heutigen Rechte in verschiedenem Umfange zu fassen ist, je nach dem „Anlass und Zweck"[9]) der auf ihn anzuwendenden Bestimmungen, so „dass dieselbe Handlung in der einen Beziehung als Veräusserung behandelt werden muss, in einer anderen nicht"[9]), so wird es für uns ohne Wert sein, einen allgemeinen Begriff der Veräusserung aufzustellen. Wir werden daher nur zu untersuchen haben, was wir unter Veräusserung verstehen müssen, wenn es sich um Veräusserungsverbote handelt, oder, wie Hölder sagt, „welche Rechtsgeschäfte ein Veräusserungsverbot in seinen Bereich zieht."[10]) Um diese Frage beantworten zu können, müssen wir uns zunächst den Zweck der Veräusserungsverbote und deren Wesen klar zu machen suchen. Von diesen Erwägungen ausgehend, werden wir leicht den Umfang des Begriffes der Veräusserung im gegebenen Falle erkennen.

§ 3.

Tragweite eines Veräusserungsverbotes.

Der Zweck eines Veräusserungsverbotes ist stets der, zu verhindern, dass ein veräusserliches Recht aus dem Vermögen des Rechtsträgers gebracht werde. Das Recht soll aus irgend einem Grunde für den Berechtigten erhalten bleiben, sei es in seinem eigenen Interesse, im Interesse seiner Familie oder irgend eines anderen. Es steht dem Verbote also alles das entgegen, wodurch der Verlust des Rechtes verursacht wird, wenn nur dieser Verlust ein gewusster und gewollter ist. Denn da wir es mit einem Verbote zu tun haben, das sich stets nur an den menschlichen Willen richten kann, so können auch nur diejenigen Massnahmen des Berechtigten, die auf seinem Willen beruhen, von den Veräusserungsverboten betroffen werden. Jedes bewusste Verhalten, das zum Verluste des Rechtes führt, muss also als Veräusserung im Sinne eines Veräusserungsverbotes betrachtet werden. Es gehören somit hierher nicht nur die positiven Veräusserungsakte, d. h. die rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen, durch die sich der Be-

---

[9]) Regelsberger, Pandekten I, S. 450.

[10]) Hölder, Kommentar z. B.G.B. (§ 135).

rechtigte seines Rechtes entledigt, sondern auch jede andere „willentliche Herbeiführung eines Rechtsverlustes, wenngleich das den Verlust Begründende etwas anderes ist als die Willenserklärung des Verlierenden."[11]) Der Begriff der von dem Veräusserungsverbote betroffenen Veräusserung umfasst also auch das tatsächliche Verhalten des Berechtigten, durch welches das Aufhören des Rechtes willentlich und wissentlich verursacht wird. Im Gegensatz zu dem unmittelbar durch ein Rechtsgeschäft begründeten Verlust spricht man hier von negativen Veräusserungsakten, da das Aufhören des Rechtes in diesen Fällen deshalb eintritt, weil der Träger desselben es unterlassen hat, den Verlust abzuwenden, wiewohl es ihm möglich gewesen wäre. In diesem willentlichen Unterlassen, in diesem absichtlichen Untätigsein oder Stillschweigen liegt die Verletzung des Veräusserungsverbotes. Denn ein jedes Verbot, ein Recht zu veräussern, enthält auch zugleich das Gebot, nichts zu unterlassen, was den Verlust des Rechtes bedingt. Es wird also sowohl die unmittelbar auf diesen Erfolg gerichtete Tätigkeit als auch die zu demselben Ergebnis führende Untätigkeit verboten.

Wie sich aus dem Gesagten ergibt, umfasst der Begriff der Veräusserung in unserem Falle nicht nur die Uebertragung eines Rechtes auf einen anderen, so dass der Entäusserung auf der Seite des bisher Berechtigten ein von ihm gewollter Erwerb auf der anderen Seite entspricht, sondern auch das blosse Aufgeben eines Rechtes, das nur eine negative Wirkung nach sich zieht. Denn auch hier, wo der Berechtigte sich nur seines Rechtes entledigen will, liegt eine willentliche Herbeiführung eines Rechtsverlustes und somit eine Verletzung des Veräusserungsverbotes, d. h. eine Veräusserung vor. Da ferner nicht nur der Totaluntergang eines Rechtes, sondern auch dessen partielles Aufhören durch das Verbot gehindert werden soll, so muss auch „die Beschränkung eines Rechts durch Begründung von Rechten Dritter"[12]) z. B. durch Verleihung einer Servitut oder Bestellung eines Pfandrechtes als Veräusserung gelten. Denn der Eigentümer, der jenes ius in re einräumt, gibt damit aus der Fülle der ihm bisher zustehenden Rechte das eine oder das andere auf oder überträgt es auf einen anderen. Die Anwendung der Veräusserungsverbote erstreckt sich endlich, wie bereits oben bemerkt, auf die Fälle, in denen der Berechtigte sein Tun oder Unterlassen absichtlich so eingerichtet hat, dass das Recht für ihn untergehen musste. Zur Veräusserung gehört daher auch jede „Nichtabwendung eines Rechtsverlustes durch Zulassung

---

[11]) Windscheid, Pandekten II, S. 275.
[12]) Regelsberger, Pandekten I, S. 449.

einer Ersitzung, Nichtausübung einer Servitut, Unterlassung einer Klaganstellung oder einer Verteidigung gegen eine Klage.[13])

Gegen diesen weiten Umfang der Veräusserung ist nun aber von mehreren Rechtslehrern angekämpft worden, die vor allem das Zulassen der Ersitzung nicht als Veräusserung ansehen wollen. Die hervorragendsten dieser Gegner sind Fitting[14]) und Wächter. Ersterer erklärt rundweg, dass die Veräusserung eine positive Handlung erfordere, dass nur positive Veräusserungsakte, welche einem anderen die Möglichkeit der usucapio gewähren, z. B. derelictio, zum Begriffe der Veräusserung gezählt werden dürften. Deshalb könne bei einer Ersitzung nur dann von einer Veräusserung gesprochen werden, wenn der Berechtigte selbst den unmittelbaren Anstoss zur Entfremdung seines Rechtes gegeben habe. — In ähnlicher Weise sagt Wächter: „Von einer Veräusserung kann nur dann gesprochen werden, wenn der Verlust des Rechtes durch den Willen des Verlierenden unmittelbar d. h. durch ein Rechtsgeschäft bedingt und vermittelt wird. Das blosse Zulassen eines Rechtsverlustes aber ist eine Tatsache, die ganz unabhängig vom Willen des Berechtigten diesen Erfolg herbeiführt."[15]) Wenn auch der Verlierer die Absicht gehabt hat, das Recht zum Aufhören kommen zu lassen, so könne dies doch nicht gleichgestellt werden dem Willen, der den Verlust unmittelbar bewirkt. „In einem solchen Falle sei die Veräusserungsabsicht für den Verlust des Rechtes etwas ganz Indifferentes und deshalb der Verlust nicht ein durch Veräusserung bewirkter."[15]) Somit sei auch das Zulassen der Ersitzung oder das Untergehenlassen einer Servitut keine Veräusserung; hierin könne höchstens ein beabsichtigtes Aufgeben des Rechtes, nicht aber ein durch die Mitwirkung des Willens erfolgter Verlust erblickt werden.

Hierauf ist zu erwidern, dass diese A b s i c h t nichts anderes sein kann als der in die Ferne auf das Aufgeben des Rechtes gerichtete Wille. Und das nicht allein. Diese Absicht bestimmt ja gerade den Berechtigten zu dem Verhalten, das das Aufhören seines Rechtes bedingt. Sie kann also nicht als etwas Indifferentes für dessen Untergang angesehen werden. Auch darauf kann es nicht ankommen, dass der Wille den Erfolg unvermittelt herbeiführt; es muss genügen, dass die Absicht der Veräusserung vorhanden ist und dass der Berechtigte mit dieser Absicht den Verlust seines Rechtes, die Ersitzung, zulässt. Nur weil er damit einverstanden

---

[13]) Regelsberger, Pandekten I, S. 449.

[14]) Fitting, Wesen des Titels bei der Ersitzung, im Archiv f. d. civil. Praxis, Bd. 51 S. 252 ff.

[15]) Wächter, Pandekten I, S. 334.

ist, können sich die Bedingungen derselben verwirklichen. Es lässt sich daher nicht erkennen, warum das durch die Absicht des Verlierenden bedingte Untergehen des Rechtes nicht als Veräusserung gelten soll. Wächter verschliesst sich nicht ganz dieser Ansicht, aber er will ihr doch nur insoweit nachgeben, dass er sagt: „subjektiv d. h. in Beziehung auf die Absicht dessen, der sein Recht verlieren wollte, mag wohl eine Veräusserung vorliegen, allein der Erwerber (Usukapient) erwirbt nicht durch eine Veräusserung." Allein auch für den letzteren muss gelten, was Wächter, ohne eine Begründung zu geben, nur einseitig für den ersteren zugibt. Wir müssen also in jedem Zulassen der Ersitzung sowohl subjektiv wie objektiv eine Veräusserung erblicken.

Wie wir aus dem Zweck und Wesen des Veräusserungsverbotes erkannt haben, umfasst der Begriff der Veräusserung bei Gelegenheit eines solchen Verbotes jede willentliche und wissentliche Herbeiführung, jedes Bewirken oder Zulassen eines Rechtsverlustes. Das ist aber der weiteste Umfang, den der in Rede stehende Begriff überhaupt haben kann.

Die Römer gebrauchten für den Begriff der Veräusserung den Ausdruck alienatio. Es handelt sich also überall da, wo die Quellen etwas mit diesem Worte bezeichnen, um das Anwendungsgebiet der Veräusserungsverbote. So spricht die l. 1 C. de fundo dotali 5, 23, von alienationes als von all den Rechtsgeschäften, durch welche das Eigentum an einer Sache auf einen anderen übertragen wird, indem sie sagt: est autem alienatio omnis actus, per quem dominium transfertur. Der traditio dominii wird das Weggeben von Rechten an der Sache, sei es als Uebergeben eines „mit der Sache verknüpften Realrechtes"[16]) oder als Einräumen eines solchen ius in re als Veräusserung gleichgestellt in der l. 7 C. de reb. al. 4, 51. Dort nämlich heisst es: Sancimus sive lex alienationem inhibuerit sive testator hoc fecerit sive pactio contrahentium hoc admiserit, non solum dominii alienationem vel mancipiorum manumissionem esse prohibendam, sed etiam usus fructus dationem, vel hypothecam, vel pignoris nexum penitus prohiberi; similique modo et servitutes minime imponi, nec emphyteuseos contractum . . . — Die Uebertragung der dinglichen Rechte unterscheidet sich nun aber als solche in nichts von der der persönlichen Rechte. Den Römern freilich war dies unbekannt. Denn dort war die Obligation „ein unveränderlicher Typus"[17]) und deren Loslösung von ihren ursprünglichen Subjekten etwas Unmögliches. Die Cession

---

[16]) Wächter, Pandekten I, S. 325.
[17]) Dernburg, Pandekten II, S. 133.

der Forderungen ist daher den Quellen fremd. Erst im gemeinen Rechte wurde sie im vollen Umfange anerkannt. Seitdem muss nun aber auch die Uebertragung der persönlichen Rechte als eine den Veräusserungsverboten unterliegende Veräusserung gelten.

Was das Aufgeben eines Rechtes ohne Begründung einer Rechtsnachfolge anbetrifft, so haben hierin bereits die Römer ohne Unterschied der Rechte, also auch in dem Aufgeben eines Forderungsrechtes, eine Veräusserung erblickt. Und zwar bezeichnen sie nicht nur den Verzicht auf eine zustehende Forderung, sondern überhaupt jede Tilgung der Obligation als die alienatio einer res incorporalis. Dies ist z. B. ersichtlich aus den Worten des Paulus in der l. 15 D. de solut. 46, 3: Pupillo solvi sine tutoris auctoritate non potest; sed nec delegare potest, quia nec alienare ullam rem potest. Auch Gaius lässt dies erkennen, indem er II, 84, sagt: Si debitor pecuniam pupillo solvat, facit quidem pecuniam pupilli, sed ipse non liberatur, quia nullam obligationem pupillus sine tutoris auctoritate dissolvere potest, quia nullius rei alienatio sine tutoris auctoritate concessa est. Wenn hiernach die Leistung des Geschuldeten an den Pupillen, der ohne die auctoritas tutoris sich nicht verpflichten, also auch keines Rechtes sich entäussern kann, sine tutoris auctoritate ohne rechtliche Wirkung ist, quia pupillus nullam rem alienare potest, so muss andererseits die Zahlung seitens des Schuldners tutoris auctoritate eine rechtsgiltige sein, in der Annahme der Zahlung also eine alienatio der Forderung liegen. In der Tat wird dadurch der Gläubiger sein Recht, von dem Schuldner eine Leistung zu verlangen, verlieren. Endlich wird auch das durch das tatsächliche Verhalten des Berechtigten verursachte Aufhören seines Rechtes, sofern dies nur seinem Willen entspricht, unter den Begriff der Veräusserung gestellt; denn in der l. 28 pr. D. de verb. sign. 50, 16 heisst es: Alienationis verbum etiam usucapionem continet: vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi; eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutes.

Gleich den Quellen des gemeinen Rechts wollten auch die Motive I 213 nicht bloss „das Aufgeben der Substanz" eines Rechts, worunter sie die Uebertragung und Aufhebung des Rechts verstanden, sondern auch die Belastung derselben unter den Begriff der Veräusserung zusammenfassen; und so sprach auch der 1. Entwurf in seinem § 107 von „Uebertragung oder Aufhebung und Belastung eines Rechtes", die gegen ein Veräusserungsverbot verstiessen.

Der 2. Entwurf aber und mit ihm das B.G.B. haben den Begriff der Veräusserung im allgemeinen nicht in dieser weiten Bedeutung

verwendet, sondern haben alle diejenigen Rechtsgeschäfte, durch welche ein Recht aufgehoben, übertragen und belastet wird, vereinigt unter dem Begriff der Verfügung. Mit dem Worte Veräusserung bezeichnet das Gesetzbuch in der Regel nur die Uebertragung eines Rechtes, also z. B. die Uebertragung von Eigentum oder die Abtretung von Forderungen; die Belastung d. h. die Begründung eines dinglichen Rechtes an einer Sache, sowie das Aufgeben, der Verzicht eines Rechtes fallen hiernach also nicht mehr wie bisher unter den Begriff Veräusserung. Der bisherige Sprachgebrauch wäre also beseitigt. Die meisten Rechtslehrer, vor allem Windscheid, Endemann und Crome, verteidigen denn auch aufs schärfste diese Ansicht. Dennoch müssen Enneccerus und Lehmann zugestehen, dass die Belastung, die vielfach den gleichen Regeln wie die Uebertragung eines Rechtes unterstellt ist, bisweilen unter Veräusserung mit zu verstehen sei, indem sie erklären, sie sei „in der Regel" dann ausdrücklich mitgenannt. Mit diesem „in der Regel" geben sie also zu, dass die Belastung nicht immer ausdrücklich mitgenannt, sondern hier und da wohl auch stillschweigend in den in Rede stehenden Begriff hineingelegt sein kann. In ähnlicher Weise lässt auch Matthiass erkennen, dass er unter Umständen die Belastung unter Veräusserung mitbegreift; denn er sagt: „Auch die durch den Berechtigten herbeigeführte Beschränkung seines Rechtes ist Veräusserung (z. B. der Eigentümer bestellt ein Pfandrecht oder einen Niessbrauch). In diesem Falle spricht das Gesetz von Belastung und hebt diese neben der Veräusserung besonders hervor o d e r versteht sie unter der Veräusserung mit."[18]) Wenn ferner derselbe Rechtslehrer das blosse „Zulassen eines Rechtsverlustes" für sich allein zwar nicht als Veräusserung bezeichnet wissen will, andererseits aber doch zugibt, dass die für die Veräusserung geltenden Rechtssätze möglicherweise auch hierauf Anwendung finden müssen, so, meine ich, darf man auch wohl das Aufgeben, den Verzicht eines Rechtes in gewissen Fällen unter den Begriff der Veräusserung mitverstehen. Bei Veräusserungsverboten kann jedenfalls hierüber kein Zweifel bestehen. Ihr Zweck ist, den Untergang des Rechtes zu verhindern. Sie können sich daher nicht darauf beschränken, die Uebertragung desselben zu verbieten; sie müssen vielmehr auch alle sonstigen Massnahmen des Berechtigten untersagen, durch die der willentliche Verlust seines Rechtes herbeigeführt wird. Der Begriff der Veräusserung muss daher auch nach B.G.B. ausser der Uebertragung die Belastung und Aufgabe des Rechtes, sowie das Zu-

[18]) Matthiass, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts I, S. 166.

lassen seines Verlustes, d. i. das Unterlassen einer positiven Handlung, zu welcher der Berechtigte gehalten ist, um sein Recht zu bewahren, umfassen, sofern ein Veräusserungsverbot in Betracht kommt.

Dem Ergebnis dieser praktischen Erwägungen hat denn auch das B.G.B. bei Behandlung der Veräusserungsverbote Ausdruck gegeben, indem es in seinen §§ 135/137 davon spricht, dass eine Verfügung mit dem Veräusserungsverbote in Widerspruch treten kann. So heisst es im § 135: Verstösst die Verfügung über einen Gegenstand gegen ein gesetzliches Veräusserungsverbot.... und in ähnlicher Weise im § 137: Die Befugnis zur Verfügung..., wo es sich um das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot handelt. Mit diesem Begriffe der Verfügung umfasst aber das Gesetzbuch alle die oben erwähnten Rechtsgeschäfte, durch die der Verlust des Rechtes bewirkt wird. Das Verbot der Veräusserung ist somit nichts anderes, als das Verbot der Verfügung, oder mit anderen Worten: der Begriff der Veräusserung ist, wo es sich um Veräusserungsverbote handelt, dem der Verfügung gleichgesetzt.

Zu erwähnen wäre endlich noch, dass es „keinen Unterschied macht, ob der durch das Veräusserungsverbot Gebundene selbst verfügt oder ob die Verfügung aus seinem Rechte erfolgt. Der Verfügung durch Rechtsgeschäft seitens des Gebundenen ist der von einem Dritten gegen den Letzteren im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung durchgesetzte Rechtserwerb gleichgestellt“[19]), „weil der Verfügung des an sich Verfügungsberechtigten die Verfügung aus seinem Rechte gleichstehen muss.“[20])

§ 4.

Gegenstand der Veräusserung.

Das Veräusserungsverbot verbietet, dass das Recht veräussert werde, weil es bezweckt, dass jenes dem Vermögen des Berechtigten erhalten bleibe. Hieraus ergibt sich, dass das Recht erstens der Veräusserung überhaupt fähig sein muss, und dass es zweitens bereits zum Vermögen gehören muss. Wir wollen nun im folgenden zunächst untersuchen, welche Rechte als veräusserliche anzusehen sind, und sodann dem Erfordernis des erworbenen Rechtes näher treten.

Schon das römische Recht hatte den Grundsatz aufgestellt, dass alle Vermögensrechte veräusserlich seien, allein zur unein-

[19]) Haidlen, Kommentar zum B.G.B. I, S. 163 (§ 135).
[20]) Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I, S. 227.

geschränkten Geltung und vollen Ausdehnung dieser Regel ist man erst im gemeinen Rechte gekommen. Aus der Zahl der veräusserlichen Rechte sind also von vornherein die reinen Familienrechte auszuscheiden, neben ihnen die höchstpersönlichen Vermögensrechte, deren Existenz mit der Veräusserung unterginge. Es bleiben somit nur die dinglichen und ein Teil der persönlichen Rechte zurück. Unter den ersteren ist das Eigentum von jeher das vollkommenste Prototyp eines veräusserlichen Rechtes gewesen. Dies ist ja gerade, wie Lauk[21]) sagt, „das Verhältnis, worin wir zu einer Sache oder zu anderen Menschen in Ansehung dieser Sache stehen, welches macht, dass wir zu jeder beliebigen Verfügung über sie befugt sind.“ Die Veräusserlichkeit ist also eine der wesentlichsten Eigenschaften des Eigentums. Ihm nahestehend sind die dinglichen Rechte an der Sache frei veräusserlich, es sei denn, dass sie an eine bestimmte Sache fest gebunden sind, so dass sie nur mit dem Eigentum an dieser veräussert werden können, oder dass sie (wie z. B. der Niessbrauch) lediglich dem Nutzen einer bestimmten Person dienen, also persönlich gebunden sind.

Was nun aber die Forderungen, die doch auch Vermögensrechte sind, anbetrifft, so ist deren Veräusserlichkeit erst spät allgemein anerkannt worden. Wohl wurde durch die Tilgung der Schuld auch zugleich das Forderungsrecht veräussert dadurch, dass es mit der Annahme der Zahlung aufgegeben wurde; eine eigentliche Veräusserlichkeit der Forderung aber, ein Uebergang derselben, war den Römern fremd. Die Singularsuccession in die Forderung konnte nicht anerkannt werden, so lange man festhielt an dem streng persönlichen Bande der Obligation. „Das Schuldverhältnis war den Römern nichts anderes als das Gebundenheitsverhältnis von Person zu Person; daher abgezogen von diesen Personen gar nicht denkbar. Daraus ergab sich die Unlösbarkeit der Schuldverhältnisse von ihren Subjekten — die Unübertragbarkeit sowohl auf der Gläubiger-, als auch auf der Schuldnerseite, wodurch diese Rechte unfähig wurden, gleich anderen ein Objekt des Verkehrs zu werden. Diese Bestandteile des Vermögens waren geradezu dem Verkehr entzogen.“ (Crome, System d. deutsch. bürg. R. II, S. 6.) Wohl überkam der Erbe mit dem übrigen Vermögen des Erblassers auch dessen Forderungen, allein diese Universalsuccession kann nicht als Loslösung der einzelnen Vermögensbestandteile, also auch der Forderungen, von dem Erblasser und Uebergang derselben auf den Erben angesehen werden. Denn „der Erbe repräsentiert den Erblasser, er setzt dessen Persönlichkeit

[21]) Lauk in Lindes Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, 5. Bd. S. 1.

fort“[22]); er ist ihm gegenüber also kein Fremder, „sondern bildet mit ihm gewissermassen eine Einheit[23]), so dass die Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers auch die seinen sind.“[22]) Es kann somit die Vererbung nicht als Veräusserung angesehen werden. — Nach Ansicht der Römer konnte eine Forderung von der Person des Gläubigers überhaupt nicht getrennt werden, ohne dass sie in ihrem Inhalte verändert wurde. Deshalb galt der Grundsatz, dass die Forderungsrechte unübertragbar seien.

Indes schon frühzeitig machte sich infolge der Verkehrssteigerung das Bestreben geltend, den vermögensrechtlichen Erfolg in der Person eines anderen als des ursprünglichen Gläubigers zu erreichen. Zu diesem Zwecke musste man aber erst die alte Obligation aufheben, um mit dem Wechsel ihrer Subjekte eine neue zu begründen. Es bedurfte also einer prioris debiti transfusio atque translatio in aliam obligationem, und zwar konnte diese nur in der Weise erfolgen, dass sich der Schuldner kraft Anweisung seines bisherigen Gläubigers einem neuen Gläubiger gegenüber verpflichtete. Diese durch die notwendige Mitwirkung des debitor schwerfällige delegatio wurde in der Zeit, als der Handel mehr und mehr aufblühte und das ius gentium das ius civile immer weiter zurückdrängte, durch ein Surrogat der Singularsuccession in Forderungen ersetzt, das vom Willen des Schuldners unabhängig war. Man erteilte nämlich demjenigen, dem man die Forderung abtreten wollte, Prozessvollmacht, ein mandatum ad agendum, und erlaubte ihm zugleich, das Einkassierte für sich zu behalten.[24]) Wenn dieser procurator in rem suam es nun zur litiscontestatio brachte, so erhielt er vermöge der darin liegenden Novation das dominium litis, so dass der Schuldner nunmehr ihm zu leisten condemniert wurde. Die Gläubigerrechte gingen also insofern auf ihn über. — Allein dieses mandatum agendi konnte dem procurator in rem suam nur dann eine sichere Rechtsstellung bieten, wenn es eben zur litiscontestatio gekommen war; bis dahin war es mit grossen Mängeln behaftet. Denn wie jedes andere Mandat erlosch auch dieses durch willkürlichen Widerruf von seiten des Mandanten sowie durch dessen Tod; ebenso wurde es wirkungslos, wenn der Schuldner vor der litiscontestatio an den wahren Gläubiger zahlte. Um den Mandatar gegen diese Gefahren zu sichern, gab ihm der Prätor eine actio utilis, in der er nun ein selbständiges Recht erhielt, das von Widerruf und Tod des Man-

---

[22]) Dernburg, Pandekten II, S. 96.

[23]) nov. 48 praef.: Nostris videtur legibus una quodammodo persona heredis et illius, qui hereditatem in eum transmittit.

[24]) Gaius II. 38, l 3 § 5 D. 15, 3.

danten unabhängig war. Ausserdem gab man „dem Cessionar das Recht, den Schuldner von der Cession zu benachrichtigen mit der Wirkung, dass dem Gläubiger die Verfügung über die Forderung entzogen wurde, so dass namentlich nicht mehr wirksam an ihn gezahlt werden konnte.[25])

So konnte wohl die ökonomische Wirkung der Uebertragung einer Forderung erreicht werden; von einer Uebertragung der Forderung selbst aber konnte nicht die Rede sein. Denn auch hier erschien die Cession immer nur als das Mandat, eine fremde Forderung in eigenem Interesse einzuklagen. Dem Cedenten war zwar die Verfügung über die Forderung entzogen, gleichwohl aber blieb er der Gläubiger. Der Cessionar übte durch die Klage ein fremdes Recht aus; er war also nur der Prozessvertreter des Cedenten. Die Singularsuccession in die Forderung selbst aber war auch jetzt noch eine juristische Unmöglichkeit.

Erst im gemeinen Rechte wurde infolge des gesteigerten Verkehrslebens die Cessibilität der Forderungen grundsätzlich anerkannt. Allein auch jetzt noch wollten verschiedene Rechtslehrer, unter anderen Vangerow und Mühlenbruch, an dem alten römischen „Dogma von der begrifflichen Unübertragbarkeit der Forderung“[26]) festhalten. So lehrte vor allem der letztere: der Cessionar mache ein fremdes Forderungsrecht geltend, die Cession übertrage nicht das Forderungsrecht selbst, sondern nur dessen Ausübung.[27]) Gegen diese in der Theorie des 19. Jahrhunderts noch vielfach vertretene Ansicht spricht aber nicht nur die Meinung sämtlicher Germanisten und der grösseren Zahl der Romanisten, sondern auch die Praxis. So hat z. B. das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 8. März 1881 (Bd. 4 S. 115) die Cession als Uebertragung der Forderung selbst, nicht bloss als Uebertragung ihrer Ausübung anerkannt. Durch die Cession wird also nunmehr „eine Sondernachfolge in die Forderung herbeigeführt“ und zwar vollzieht sich „der Uebergang des abgetretenen Forderungsrechtes von dem Cedenten auf den Cessionar mit dem Akte der Cession in der Art, dass der bisherige Gläubiger ohne weiteres, namentlich ohne das Hinzutreten der Denunciation der Cession an den Schuldner aufhört Gläubiger zu sein, und derjenige, auf welchen die Forderung übertragen wird, als neuer Gläubiger an dessen Stelle tritt. (R.G. Bd. 4 S. 115.)

---

[25]) Enneccerus u. Lehmann, Das Bürgerliche Recht I, S. 541. l 4 C. 8, 16. l 3 pr. C. 8, 41.

[26]) Eckstein, Die Uebertragbarkeit der Forderungen, S. 10.

[27]) Mühlenbruch's Lehre in Dernburg, Pandekten II, S. 135.

Auch das B.G.B. hat die Uebertragbarkeit der Forderungen ausdrücklich anerkannt, denn in seinem § 398 bestimmt es: Eine Forderung kann von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem anderen auf diesen übertragen werden (Abtretung). Mit dem Abschlusse des Vertrages tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers." „Das Schuldverhältnis ist also in seinem Bestande objektiviert worden. Es kann von seinen ursprünglichen Subjekten losgelöst und mit unverändertem Inhalt auf andere Personen übertragen werden. Es ist Verkehrsobjekt im heutigen Recht geworden, nicht minder als die Sachen." (Crome, System II S. 6.) Da ferner nach § 413 die Vorschriften über die Uebertragung von Forderungen auf die Uebertragung anderer Rechte entsprechende Anwendung finden, (soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt)", so gehören jetzt auch die Urheber- und Patentrechte, ebenso wie der Zinsenanspruch und selbst, was dem römischen Rechte ganz fremd war, der Anspruch auf Vorzugszinsen, nicht minder wie der Anspruch auf eine Vertragsstrafe und auf Schadensersatz zum Gebiete der veräusserlichen Rechte.[28])

Eine alte Streitfrage ist es, ob auch der Besitz als ein subjektives Recht zu betrachten sei und zwar als ein solches, das der Veräusserung fähig ist, da man sich ja des Besitzes durch Aufgabe entledigen kann, oder ob der Besitz eine blosse Tatsache sei. Bekker[29]) ist es vor allem, der die Rechtsnatur des Besitzes aufs lebhafteste verteidigt. Allein ihm und den übrigen Vertretern dieser Ansicht steht die bei weitem grössere Zahl der Rechtslehrer gegenüber, die in dem Besitze nur ein tatsächliches Verhältnis erblicken, das zwar viel vom Rechte hat, aber selbst kein Recht ist.[30]) Er ist, wie Dernburg[31]) sagt, „ein Phänomen, welches ausserhalb des Rechtes steht, wenn sich auch Rechte an dasselbe knüpfen". oder, wie Brinz sich ausdrückt: „ein Rechtsding, ohne Recht zu sein." Dasselbe hat schon Paulus in der l. 1 § 4 D. 41, 2, ausgesprochen, indem er meint: eam rem facti, non iuris esse.

Für das gemeine Recht müssen wir daher jedenfalls mit der herrschenden Meinung die Rechtsnatur des Besitzes leugnen. Für das Recht des B.G.B. hingegen könnte man im Zweifel sein, ob der Besitz als ein Recht oder eine Tatsache aufzufassen sei. Denn das Gesetzbuch gibt keine Antwort hierauf. Auch in den Motiven ist es nicht entschieden. Dort wird nämlich der Besitz als eine

---

[28]) Endemann I, S. 671.

[29]) Bekker in der Zeitschrift d. Savigny-Stiftung, röm. Abt. Bd. 5,S. 154.

[30]) Donellus comm. j. c. l. V. c. 6 § 17: longe aliud est, possessionem esse iuris, aliud possessionem esse ius.

[31]) Dernburg, Pandekten I, 2. Abt. S. 1. — Brinz, Pandekten I, S. 443.

Rechtsposition bezeichnet. „Darunter kann man aber", sagt Dernburg mit Recht, „vielerlei oder auch nichts denken."[32])

Aus der Bestimmung des § 857, dass der Besitz mit dem Erbfalle auf den Erben übergeht, hat man vielfach folgern zu müssen geglaubt, dass der Besitz ein Recht sei, da man unter Vererbung nur den Uebergang von Rechten begreift. Zu den Vertretern dieser Ansicht gehört unter anderen auch Staudinger. „Da der Besitz", sagt er, „eine äusserst wichtige Rechtsstellung verschafft, welche die Voraussetzung für viele Arten des Rechtserwerbes bildet, an die sich wichtige Rechtsvermutungen anknüpfen, die übertragbar ist, die vom Rechte geschützt wird und unter Umständen sogar mit einer petitorischen Besitzklage verfolgt werden kann, so muss man den Besitz füglich kurzweg als ein Recht bezeichnen."[33])

Allein dieser Behauptung widerspricht, dass nach § 93 die wesentlichen Bestandteile einer Sache nicht Gegenstand eines besonderen Rechtes sein nach § 865 aber besonders besessen werden können.[34]) Auch ist nach den Bestimmungen des B.G.B. derjenige, der geschäftsunfähig ist, noch lange nicht unfähig, Besitz zu erwerben. Wir dürfen daher wohl mit Dernburg annehmen, dass auch nach dem heutigen Rechte der Besitz zwar zumeist dem Rechte entspringt, dass er als solcher aber kein Recht ist.[34]) Wenn dies aber der Fall ist, so kann auch in der Aufgabe des Besitzes keine Veräusserung erblickt werden. Es muss daher auch heute noch gelten, was in der l. 119 D. de R.J. 50, 17, gesagt ist: Non alienat, qui dumtaxat omittit possessionem.

Dem inneren Gehalte eines Rechtes als eines veräusserlichen entspringt nun die äussere Befugnis der Veräusserung. Die Veräusserungsfähigkeit gewährt die potestas alienandi. Diese kann jedoch nur dem Berechtigten zustehen, dem Rechtsträger, d. h. demjenigen, der das veräusserliche Recht in seinem Vermögen hat, oder demjenigen, der zu ihm mit Rücksicht auf dieses Recht in einer rechtlichen Beziehung steht. Es kann daher auch von einer Veräusserung, d. i. der Ausübung der potestas alienandi nur dann die Rede sein, wenn man ein bereits erworbenes dingliches oder persönliches Recht weggibt, mindert oder beschränkt. Denn ein Recht, das man nicht hat, kann man nicht auf einen anderen übertragen; gilt doch der Satz: Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet. Aus demselben Grunde ist auch die Aufgabe, Minderung oder Beschränkung eines fremden Rechtes unzulässig;

---

[32]) Dernburg, Das Bürgerliche Recht III, S. 42.
[33]) Staudinger, Kommentar zum B.G.B. III, S. 6.
[34]) Dernburg, Das Bürgerliche Recht III, S. 42.

denn stets darf man nur sein eigenes Recht ausüben. Hiernach ist es also keine Veräusserung, wenn die Möglichkeit eines Erwerbes unbeachtet gelassen wird. So sagt denn auch die l 28 D de verb. sign. 50, 16: qui occasione adquirendi non utitur, non intellegitur alienare veluti qui hereditatem omittit aut actionem intra certum tempus non amplectitur. Es kann somit in dem Ausschlagen eines angebotenen Geschenkes ebenso wenig eine Veräusserung erblickt werden wie im Nichtantritt einer Erbschaft; denn weder das eine noch das andere kann nach gemeinem Rechte als Bestandteil des Vermögens gelten. Für das heutige Recht ist freilich hinsichtlich der Erbschaft die Voraussetzung des erworbenen Rechtes schon mit dem Erbfalle gegeben; denn nach dem Grundsatze le mort saisit le vif geht sie heute unmittelbar mit dem Tode des Erblassers auf den Erben über, bedarf also nicht mehr zum Erwerbe der aditio wie im römisch-gemeinen Rechte. Die Folge hiervon ist, dass das Ausschlagen der Erbschaft als Veräusserung angesehen werden muss. Dasselbe gilt für das Ausschlagen eines Vermächtnisses; und zwar sowohl nach gemeinem Rechte[35]) wie nach B.G.B. Hier wie dort wird das Vermächtnis ipso iure, d. h. „durch ein vom Willen des Vermächtnisnehmers unabhängiges Ereignis“[36]) erworben [oder wie das B.G.B. im § 2176 sagt „mit dem Erbfalle“]. Macht daher der Erwerber von seinem Repudiationsrecht Gebrauch, so veräussert er damit das ipso iure erworbene Vermächtnis. Indes können doch auch Rechte, die noch nicht zum Vermögen gehören, veräussert werden; „wenn man sie nämlich für den Fall, das man sie erwerben würde, weggibt, mindert oder beschränkt“.[37]) Das Vermögen erleidet eben hier eine Verringerung unter einer Suspensivbedingung.

Wie einzelne Bestandteile des Vermögens, so können auch ganze Vermögensinbegriffe veräussert werden. Bezüglich des Ueberganges des Vermögens auf den Erben kommt dies freilich nicht in Betracht. Denn „die Natur des Erbrechtes besteht darin, dass der Erbe die Vermögensperson des Erblassers repräsentiert, dass sie in ihn übergegangen ist und von ihm dargestellt wird. Der Uebergang des Vermögens des Erblassers auf den Erben ist daher keine Veräusserung, eine etwaige testamentarische Erbeseinsetzung kein Veräusserungstitel“.[38])

Als Veräusserung wird es endlich auch nicht angesehen, wenn jemand eine persönliche Verpflichtung übernimmt. Wohl gibt der-

---

[35]) l 5 § 8 D. 27, 9.
[36]) Wächter, Pandekten I, S. 335.
[37]) Wächter, Pandekten I, S. 332.
[38]) Dernburg, Pandekten I, S. 189.

jenige, der einem anderen eine Servitut, einen Niessbrauch oder dgl. bestellt, aus der Fülle der Befugnisse, die ihm das Eigentum gewährt, die eine oder andere auf oder überträgt sie auf jenen; sein Vermögen wird hierdurch verringert. Dagegen gibt man noch nichts aus seinem Vermögen, wenn man sich z. B. verpflichtet, ein Darlehn zu geben, oder wenn man einen Mietskontrakt abschliesst.

§ 5.

Das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot.

Von jeher ist die Wirksamkeit des rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbotes bestritten worden, wiewohl sich eine ganze Anzahl von Quellenstellen anführen lässt, in denen seine Verbindlichkeit ausdrücklich bezeugt wird. Ebenso ist sie auch von der heutigen Gesetzgebung anerkannt worden.

Die Möglichkeit der Beschränkung des Berechtigten kann freilich niemals vollkommen freigegeben werden; vor allem müssen ihr hinsichtlich ihrer Wirkung gesetzliche Schranken gezogen werden. Denn es bleibt stets etwas für den Verkehr wie auch für die Rechtsordnung sehr Gefährliches, wenn es dem einzelnen Privatwillen unbedingt zugestanden würde, die Befugnis zur Verfügung über ein veräusserliches Recht nach Belieben auszuschliessen oder zu beschränken und damit die Veräusserlichkeit des Rechtes selbst aufzuheben oder zu schmälern. Deshalb sagt z. B. Randa (S. 209): „Im allgemeinen dürfte so viel als feststehend angenommen werden, dass der Privatwille an sich nicht die Kraft haben kann, einer Sache den Stempel der Unveräusserlichkeit aufzudrücken und dieselbe damit dem Verkehr tatsächlich ganz zu entziehen; die entgegengesetzte Annahme würde ebenso sehr gegen die rechtliche Natur des Eigentums als gegen das Gebot des wirtschaftlichen Lebens streiten." — Was hier vom Eigentum gesagt ist, das muss auch gelten von allen anderen veräusserlichen Rechten. Die freie Veräusserungsgewalt über dieselben ist von der Rechtsordnung im öffentlichen Interesse dem Berechtigten gegeben; sie soll ihm deshalb auch nur aus besonderen Gründen entzogen werden. Als eine Ausnahme soll es sich gewissermassen darstellen, wenn von dem Grundsatze abgewichen wird, dass es ungehörig ist, jemanden in der ihm zustehenden Freiheit seiner Berechtigungen zu beschränken. Die rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbote müssen also von geringerer rechtlicher Wirkung sein als die gesetzlichen und richterlichen. Wenn daher Iustinian in der 17 C. de reb. al. non al 4, 51 sagt, dass die Uebertragung, das Aufgeben und die Beschränkung von Rechten verboten sei: sive lex alienationem inhibuerit, sive testator hoc fecerit, sive pactio contrahentium hoc admiserit, so soll

dadurch wohl der Umfang der Veräusserung für die verschiedenen Arten der Veräusserungsverbote bestimmt werden, nicht aber eine Gleichstellung des gesetzlichen mit dem rechtsgeschäftlichen Verbote ausgesprochen werden. Ob letzteres überhaupt von rechtlicher Bedeutung ist, muss in jedem einzelnen Falle zunächst untersucht werden; alsdann erst kann man die Frage nach seiner Wirkung beantworten. Denn die erste Voraussetzung einer Folge muss doch stets die Giltigkeit des Grundes sein. Ist nun aber die Verbindlichkeit eines rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbotes festgestellt, so hängt die Wirkung desselben von dem Rechte ab, das dadurch einem anderen gegenüber der Uebertretung des Verbotes gegeben ist.

Während die gesetzlichen und richterlichen Veräusserungsverbote durchweg von dinglicher Wirkung sind, wird dies in der Regel — wegen der notwendig schwächeren Bedeutung einer Privatdispositon — bei den durch Rechtsgeschäft begründeten nicht der Fall sein. Hier wird, mit gewissen Ausnahmen freilich, „die aus dem Eigentum oder einem anderen Rechte fliessende Befugnis des Berechtigten, über das Recht zu verfügen, mit Wirkung gegen Dritte weder ausgeschlossen noch beschränkt werden können, so weit nicht das Gesetz ein anderes bestimmt.“ Denn dingliche Rechte können ja nur, wie schon oben bemerkt, nach Massgabe besonderer Vorschriften begründet werden. (Motive III S. 77). Das an sich veräusserliche Recht wird ein veräusserliches bleiben. Dem zur Veräusserung Berechtigten wird daher in der Regel nur eine obligatorische Verpflichtung auferlegt sein, so dass er persönlich zur Nichtveräusserung verbunden ist und im Falle der Uebertretung des Verbotes dem Interessenten zum Schadensersatz verpflichtet ist. In einigen Ausnahmefällen zwar hat auch das rechtsgeschäftliche Verbot der Veräusserung eine dingliche Wirkung. Es lässt sich daher für dasselbe keine allgemeine Regel aufstellen; die möglichen Fälle desselben müssen vielmehr im einzelnen betrachtet werden.

Zum Schluss des allgemeinen Teiles sei noch darauf hingewiesen, dass das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot sowohl durch Vertrag wie auch durch Testament geschaffen werden kann. Auch nach dem B.G.B. haben wir diese zwei Möglichkeiten, denn auch hier umfasst der Begriff des Rechtsgeschäftes sowohl die Willenserklärungen unter Lebenden wie auch die Verfügungen von Todeswegen.

Infolge der verschiedenartigen Behandlung der einzelnen rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbote im gemeinen Rechte wollen wir nun im besonderen Teile unserer Abhandlung zunächst

die vertragsmässigen Verbote in ihren beiden Unterarten als pactum de non alienando und pactum de non cedendo, sodann die letztwilligen Verbote der Veräusserung betrachten. Bei der im allgemeinen Teile des B.G.B. § 137 ausgesprochenen wenigstens scheinbar gleichartigen Beurteilung der verschiedenen Arten der rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbote bedarf es der Beobachtung der einzelnen Fälle nicht. Wir werden deshalb dort zunächst die allgemeinen Rechtssätze über das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot behandeln und sodann die als Ausnahmen vom § 137 bestehenden Rechtssätze, so vor allem die Bestimmung des § 399, näher betrachten.

A. Das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot nach gemeinem Recht.

1. Das vertragsmässige Veräusserungsverbot.

a. Pactum de non alienando.

§ 6.

Die Frage nach der Giltigkeit eines pactum de non alienando.

Die älteste Form des rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbotes unter Lebenden stellt das pactum de non alienando, das vertragsmässige Versprechen des Eigentümers, seine Sache nicht zu veräussern, dar. Bevor wir die Wirkung eines derartigen Vertrages berücksichtigen, müssen wir die Frage beantworten, ob ein vertragmässiges Versprechen der Nichtveräusserung unter allen Umständen eine rechtliche Verbindlichkeit erzeugt, oder ob ihm nicht in gewissen Fällen wenigstens die Rechtsordnung jegliche Bedeutung versagt.

Nach allgemeiner Anschauung muss die Verbindlichkeit des pactum de non alienando stets dann als ausgeschlossen gelten, wenn derjenige, dem die Nichtveräusserung der Sache versprochen worden ist, an der Einhaltung dieses Versprechens nicht interessiert ist. Denn eine Obligation ohne jegliches Interesse des Gläubigers, also zur Befriedigung einer blossen Laune, wäre unsittlich und müsste deshalb nichtig sein. So kann auch eine ganz nutzlose Beschränkung der Freiheit des Eigentums und damit der Dispositions-Befugnisse des Eigentümers von der Rechtsordnung nicht gebilligt werden. Nutzlos, weil ohne Interesse für den Gläubiger, würde aber die Uebernahme einer Verpflichtung zur Nichtveräusserung stets dann sein, wenn es dem Stipulator gleichgültig ist, wem die betreffende Sache gehört; wenn er zu dieser in keinem rechtlichen Verhältnis steht, so dass deren Veräusserung für ihn etwas gänzlich Indifferentes ist.

Die Unverbindlichkeit des pactum de non alienando in diesem Falle wird durch die l 61 D. de pactis 2, 14 ausdrücklich betont. Dort nämlich sagt Pomponius: Nemo paciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat, aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat, aut ne vicino invito praedium alienet.

Die Ungiltigkeit dieses pactum deshalb aus diesem Fragmente zu entnehmen, weil in demselben keine stipulatio poenae conventionalis enthalten sei und folglich in den Worten: Nemo paciscendo efficere potest . . . ein pactum nudum erblickt werden müsse, dem von der Rechtsordnung, wie gewöhnlich, die Wirksamkeit abgesprochen sei, lässt sich nicht rechtfertigen. Hert, der (in opusc. vol I tom. 3 p. 64 de pacto, ne dominus rem suam alienet § 2) diese Ansicht vertritt und mit Hinweis auf die l 11 D. de relig. 11, 7 behauptet, dass überhaupt „nur ein in der Form der stipulatio abgeschlossener Vertrag", in dem jemand die Nichtveräusserung seiner Sache verspricht, bindende Kraft habe, wird von Schmid[39]) widerlegt. Letzterer weist nach, dass in jenen Worten nicht auf die Art des Vertrages das Gewicht gelegt sei, das nicht wegen dessen Formlosigkeit auf die Unverbindlichkeit geschlossen werden müsse, sondern dass damit der allgemeine Grundsatz von der Ungiltigkeit eines jeden pactum de non alienando bei fehlendem Interesse des Versprechensempfängers ausgesprochen sei. Wegen der inneren Natur, nicht wegen seiner äusseren Formlosigkeit sei der Vertrag für unverbindlich erklärt.

Dem widerspricht auch nicht die l 11 D. 11, 7.[40]) Denn dort ist der Vertrag nicht deshalb als gültig bezeichnet, weil er in Stipulationsform abgeschlossen ist, sondern weil ein Interesse, das freilich erst durch die Stipulation künstlich geschaffen worden ist, vorhanden ist. Das an sich fehlende Interesse des Stipulators an der Erfüllung des Versprechens hätte die Nichtigkeit des pactum zur Folge gehabt; dadurch aber, dass auf die Uebertretung des Verbots eine Konventionalstrafe gesetzt worden ist, ist ein Ersatz geschaffen; denn aus dieser Stipulation erwächst dem Gläubiger eine Klage auf Zahlung der Strafe bei Verletzung des Veräusserungsverbotes, und damit ist das Interesse an der Erfüllung der vom Gegner übernommenen Verpflichtung gegeben.

Gegen die Bedeutung der l 61 D. 2, 14 wird auch von Göschen[41]) angekämpft. Auch er will die Worte: Nemo paciscendo efficere

---

[39]) Schmid, Handbuch I (1847), S. 39 Anm. 17.

[40]) l 11 D. 11, 7: Quod si locus monumenti hac lege venierit, ne in eum inferrentur, quod ius est inferri, pactum quidem ad hoc non sufficit, sed stipulatione id caveri oportet.

[41]) Göschen, Vorles., S. 35. § 229.

potest . . . in anderer als in der angeführten Weise verstehen und behauptet, in ihnen sei nicht von der Giltigkeit bezw. der Ungiltigkeit des Vertrages, sondern vielmehr von der Giltigkeit der trotz des Vertrages vorgenommenen Veräusserung die Rede. — Auch diese Ansicht widerlegt Schmid a. a. O., indem er sagt: Da das Gesetz bestimmt, dass niemand durch Vertrag bewirken kann, dass ihm die Veräusserung seiner Sache nicht „erlaubt" sei, so dürfte es wohl richtiger sein, das Gesetz auf die Zulässigkeit des pactum de non alienando und nicht auf die Wirkung desselben zu beziehen.[42])

Während Hert und Göschen in der 161 D. 2, 14 weniger erblickten, als richtiger Ansicht nach darin gefunden werden muss, will ihr Fritz hingegen ein Mehr entnehmen. Seiner Meinung nach besagen die Worte: Nemo paciscendo efficere potest, ne vicino invito praedium alienet, dass auch dann, wenn jemand ein Interesse an der Nichtveräusserung hat, das pactum ungiltig sein könne; denn in jenem Vertrage des Eigentümers mit seinem Nachbar sei doch gewiss der letztere interessiert, und doch werde das pactum für unverbindlich erklärt. Hieraus müsse geschlossen werden, dass die Ungültigkeit eines vertragsmässigen Veräusserungsverbots nicht auf die Fälle beschränkt werden kann, wo der Paciscent kein Interesse bei der Sache hat."[43])

Hiergegen muss eingewendet werden, dass es einmal sehr bedenklich ist, auf Grund der zwei Worte „vicino invito" einen Rechtssatz aufzustellen, der zu mehreren anderen Fragmenten im Widerspruch steht und selbst durch keine einzige weitere Belegstelle bewiesen werden kann, und dass es ferner und vor allem in Wahrheit auch an dem zu des Pomponius Zeit noch vielfach geforderten pekuniären als dem allein beachtenswerten Interesse an der Leistung fehlt. „Wohl mag es," sagt Dernburg, „dem Vertragsschliessenden zur Lebensfreude und Annehmlichkeit gereicht haben, wenn er den bisherigen Nachbar, mit dem er bisher zu verkehren pflegte, behielte, allein dies genügte nicht, um ein Klagerecht zu begründen.[44]) So erblickte auch der Verfasser der 161 D. 2, 14 hierin kein rechtlich beachtenswertes Interesse, und deshalb musste er das pactum für ungiltig erklären.[45]) Denn „ein Verbot ohne alles

[42]) Schmid, Handbuch I, S. 39 Anm. 17.

[43]) Fritz S. 280.

[44]) Dernburg, Pfandrecht, S. 20.

[45]) Wie jedes Versprechen, an dessen Erfüllung der Stipulator nicht interessiert ist, als unverbindlich gelten muss, weil eine Obligation ohne ein Interesse des Gläubigers, also zur Befriedigung einer blossen Laune, unsittlich und deshalb nichtig wäre, so auch im gegebenen Falle das pactum de non alienando.

rechtliche Interesse wäre eine irrationelle, der ökonomischen Bestimmung des Eigentums widersprechende Verkehrsbelästigung und würde deshalb schon darum nicht weniger giltig sein als etwa der Vertrag, die Sache überhaupt nicht mehr zu benutzen".[46]) — Die Behauptung Fritz' ist daher völlig zu verwerfen. Nur dann, wenn ein Interesse und zwar ein rechtlich anerkanntes Interesse des Stipulators an der Erfüllung des gegebenen Versprechens vorhanden ist, wird die übernommene Verpflichtung des an sich zur Veräusserung Berechtigten eine wahre Obligation erzeugen, nur dann wird das pactum de non alienando ein giltiges sein.

Es fragt sich nun aber, was für ein Interesse notwendig ist, damit das Versprechen, ein Recht nicht zu veräussern, wie überhaupt jedes Versprechen, eine klagbare Obligation begründe, mit anderen Worten: Muss ein pekuniäres oder wenigstens doch mittelbares Vermögensinteresse an der versprochenen Leistung vorhanden sein oder genügt ein blosses Affektionsinteresse, d. h. ein Interesse, bei welchem der Wert der Leistung in der Einbildung des einzelnen besteht? Vonjeher ist die Beantwortung dieser Frage der Gegenstand lebhaften Streites gewesen.

Die Mehrzahl der Rechtslehrer konnte und kann sich nicht entschliessen, von dem Erfordernisse des Vermögensinteresses abzugehen, während andere auch das Affektionsinteresse als ein rechtlich beachtenswertes anerkennen. Die Frage nach dem Interesse im Schuldverhältnisse soll deshalb im Folgenden der Gegenstand einer kurzen Betrachtung sein. Wir werden uns jedoch bei der Prüfung jener beiden Ansichten in diesem Teile unserer Abhandlung auf das Obligationsinteresse im römisch-gemeinen Rechte beschränken.

§ 7.

Die Frage nach dem Interesse im Schuldverhältnisse.

In einer ganzen Reihe von Pandektenstellen wird betont, dass der Gläubiger eine versprochene Leistung nur dann einklagen könne, wenn er an dieser ein pekuniäres Interesse habe; sobald ihm dieses fehle, entbehre sein Anspruch der Klagbarkeit. Hierauf vor allem sich stützend, verteidigen viele Rechtslehrer auch für das gemeine Recht den Satz, dass jeder Vertrag zu seiner rechtlichen Wirksamkeit eines Vermögensinteresses bedürfe; die versprochene Leistung müsse unter allen Umständen das Vermögen des Versprechensempfängers vermehren. Von den Vertretern

---

[46]) Randa, l. c. 1, S. 215 Anm. 44.

dieser Ansicht wollen wiederum die einen das Erfordernis des Vermögensinteresses nur dann als erfüllt ansehen, wenn die Leistung das Vermögen des Stipulators unmittelbar vermehrt, während andere betonen, dass es genüge, wenn sich das Interesse auf einen Vermögenswert zurückführen lasse. „Die Entstehung einer Obligation", sagt z. B. Göschen[47]), „setzt voraus, dass der Gläubiger an der von dem Schuldner vorzunehmenden Handlung ein Interesse habe. Dieses Interesse braucht nicht unmittelbar ein pekuniäres zu sein, aber es muss doch wenigstens die Möglichkeit einer Schätzung in Geld vorhanden sein." Ebenso will auch Dernburg das Erforderniss des unmittelbaren Vermögensinteresses zwar fallen lassen und auch „solche Obligationen, die einen direkten Bezug zum Vermögen nicht haben, vielmehr einen persönlichen Vorteil verschaffen sollen, genügen lassen, z. B. die Annahme eines Hausarztes, eines Lehrers, einer Gouvernante",[48]) wofern es sich nur „um Leistungen handelt, die im Verkehr regelmässig für Geld beschaffbar sind, so dass im Falle der Nichterfüllung des Kontraktes äusserstenfalls eine Interessenliquidation in Geld möglich ist. Einen mittelbaren Vermögenswert fordert also auch Dernburg.[49]) Noch in seinem 1900 erschienenen Lehrbuche des Pandektenrechtes hebt er aufs schärfste hervor, dass nur ein Vermögensinteresse, dies freilich im weitesten Sinne, in Betracht kommen könne, während „die sogenannten Affektionsinteressen auf unkontrollierbaren Empfindungen beruhen und deshalb rechtlich durchaus gleichgültig[50]) sein müssen.

Gegenüber den Vertretern der Theorie von dem Erfordernis eines in Gelde schätzbaren Interesses für die Klagbarkeit von Obligationen steht eine nicht minder grosse Zahl von Rechtslehrern, welche die Behauptung aufstellen, dass ohne Rücksicht auf Vermögenswert jedes Versprechen einer Leistung eine bindende und klagbare Obligation erzeuge, sofern es sich nicht um blosse Launen handelt. Auch sie können sich mit ihrer Ansicht auf eine Reihe von Pandektenstellen stützen und so beweisen, dass selbst schon das römische Recht nicht an dem Erfordernis eines Vermögenswertes festhielt. In jenen Fragmenten, die den Gegnern zum Beweise dienen, wird freilich nur das pekuniäre Interesse berücksichtigt, allein dies erklärt sich damit, dass es sich in ihnen um

---

47) Göschen, Vorlesungen über d. gem. Civilrecht, § 460, S. 256.

48) In Fr. Mommsens „Zur Lehre vom Interesse".

49) Dernburg II, S. 51. Das Vermögensinteresse liegt dann darin, dass der Gläubiger Auslagen erspart, die er für Beschaffung des Geschuldeten aufzuwenden hat, wenn es ihm nicht vertragsmässig geleistet wird.

50) Dernburg, Pandekten II, S. 124.

Entscheidungen im Formularprozesse handelt. Die Kondemnationsformel musste aber hier stets auf Geld gerichtet sein, selbst dann, wenn sich z. B. ein Grundstück in obligatione befand; liess sich die Leistung nicht in Geld abschätzen, so konnte sie auch nicht erzwungen werden. Denn omnium formularum quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. (Gaius IV § 48.) Für das ältere römische Recht wird man daher an dem Erfordernis des pekuniären Interesses festhalten müssen. In der neueren Zeit aber, als sich das Rechtsleben von der Herrschaft des engen starren Civilrechts losmachte und mehr und mehr der Billigkeit und dem auf Treu und Glauben beruhenden Verkehr Rechnung trug, da wurde das Princip der Geldcondemnation in sehr vielen Fällen durchbrochen. Für die stricti iuris obligationes hielt man freilich auch jetzt noch an dem Erfordernis des Vermögensinteresses fest. Und das ist ganz natürlich; musste doch das petitum hier auf ein ganz bestimmtes Fixum gestellt werden; es hatte der iudex nicht die Freiheit zu condemnieren auf quidquid ob eam rem dare facere oportet;[51]) und insbesondere für die Stipulation, den Hauptfall der obligationes stricti iudicii, war bei ihrem abstrakten Charakter eine genaue Umgrenzung und Beschränkung natürlich und notwendig."[52]) Ueberall dort aber, wo es sich um bonae fidei obligationes handelte, sollte auch jedes andere Interesse, das nicht in Geld abgeschätzt werden konnte, zur Begründung der Klagbarkeit genügen; ein blosses Affektionsinteresse sollte hier ausreichend sein. Dies ist vor allem aus der l 54 pr. D. 17, 1 ersichtlich. Denn dort heisst es: Quum servus extero se mandat emendum, nullum mandatum est. Sed si in hoc mandatum intercessit, ut servus manumitteretur, nec manumiserit, et pretium consequetur dominus ut venditor, et affectus ratione mandati agetur. Finge filium naturalem vel fratrem esse; placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam. Auch die l 6 pr. D. 18, 7; die l 11 § 1, l 16 § 1 D. 43, 24, die l 3 § 13, D. 43, 29 u. a. m. sprechen es klar und unzweideutig aus, dass das Affektionsinteresse sowohl als Grund wie auch als Gegenstand einer Klage anerkannt werden müsse. Hiergegen wenden sich nun aber alle diejenigen, welche an dem Erfordernis eines Vermögensinteresses für die Begründung der Klagbarkeit von Obligationen festhalten wollen, indem sie teils jene ihre Ansicht unterstützenden Fragmente ins Feld führen, teils die oben citierten Pandektenstellen, welche ihnen widersprechen, in oft gekünstelter Weise zu ihren Gunsten

---

[51]) § 3 J. de consensu obl. 3, 22; § 30 J. de act. 4, 6.

[52]) v. Treskow: Ueber das Erfordernis eines in Gelde schätzbaren Interesses für die Klagbarkeit von Obligationen. Inaug.-Diss. Erlangen 1898, S. 7.

interpretieren. Dernburg[53]) ist es vor allem, der da behauptet, „dass das römische Recht auch in seiner jüngsten Gestalt an dem Erfordernis eines Vermögenswertes festhielt; das beweist vorzugsweise die von Ihering für das Gegenteil benutzte l 6 1 D. de serv. exp. 18, 7.[54]) Denn die Argumentation Papinians dreht sich einzig darum, ob nicht wenigstens mittelbar ein Vermögensinteresse bei dem bezüglichen Vertrage bestehe." Gesetzt auch, Dernburg hätte Recht, in diesem Falle ein mittelbares Vermögensinteresse anzunehmen; gesetzt auch, alle übrigen von ihm vorgebrachten Quellenstellen bestätigten seine Behauptung; wo bleibt aber die l 54 pr. D. 17, 1, die so deutlich es ausspricht, dass bei bonae fidei Obligationen das Affektionsinteresse zur Begründung der Klagbarkeit genügt? Aber die Worte Papinians: Placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam lässt Dernburg wohlweisslich unberücksichtigt. Trotz ihrer bleibt er bei seiner Behauptung und meint: „Daraus, dass die römischen Juristen der späteren Zeit das Erfordernis des Vermögensinteresses in einer feinen Weise handhabten, ergibt sich gerade, dass sie es nicht über Bord geworfen haben." So muss er also doch zugeben, dass es ihm oft nur mit grosser Mühe gelungen ist, ein Körnchen Vermögenswertes zu entdecken. Und auch dies wird ihm nicht glücken bei der l 54 pr. D. 17, 1. — Gleich Dernburg verschliesst sich auch Mommsen der Annahme, dass das Affektionsinteresse in in gewissen Fällen als Grund und Gegenstand einer Klage anerkannt werden müsse. Die l 54, die Hauptstütze seiner Gegner, die ihm wegen ihrer Deutlichkeit so sehr im Wege steht, sucht er als unvollständig hinzustellen. „Es sei möglich", meint er, „dass das Tatsächliche des in der l 54 entschiedenen Falles nicht vollständig angegeben sei, und dass namentlich diejenigen Elemente nicht mitgeteilt seien, aus denen die nähere Bestimmung des Gegenstandes der Klage sich ergeben hätte. Eine derartige Annahme hängt aber, wie Windscheid sehr richtig bemerkt, ganz in der Luft."[55]) Wir sehen also, dass alles Sträuben nichts nützt; wir müssen vielmehr mit Ihering, Windscheid u. a. das Affektionsinteresse zur Be-

---

[53]) Dernburg, Pandekten II, S. 51.

[54]) l 6 § 1 D. de serv. exp. 18, 7: Nobis aliquando placebat non alias ex vendito propter poenam homini irrogatam agi posse, quam si pecuniae ratione venditoris interesset. Veluti quod poenam promisisset: ceterum viro bono non convenire credere venditoris interesse, quod animo saevientis satisfactum non fuisset, sed in contrarium me vocat Sabini sententia, qui utiliter agi ideo arbitratus est, quoniam hoc minoris homo venisse videatur.

[55]) Das Affektionsinteresse bei Obligationen. Kohlen, Inaugural-Dissertation, Erlangen 1897, S. 18.

gründung der Klagbarkeit von bonae fidei Obligationen genügen lassen.

Zu der Zeit des Antoninus Pius war dies freilich noch eine neue Lehre, die erst ganz allmählich zum völligen Durchbruch gelangte. Die Juristen jener Periode sind daher noch verschiedener Ansicht. Selbst Papinian schwankte erst lange Zeit, bis er jenes alte strenge Erfordernis des Vermögenswertes fallen liess. So lässt es sich erklären, dass wir in den von ihm herrührenden Fragmenten bald diese bald jene Ansicht vertreten sehen.

Mit der immer grösseren Entwicklung der Rechts- und Verkehrsverhältnisse wurde, wie Windscheid behauptet, die im 2. Jahrhundert der Kaiserzeit noch vielfach vertretene Meinung zum allgemein anerkannten Grundsatz, so dass nach Justinianischem Recht die bonae fidei obligationes stets als klagbare Obligationen angesehen wurden, wenn die Leistung auch nur einen Affektionswert für den Gläubiger hatte. — Was von dem späteren römischen Rechte galt, das muss aber auch für das gemeine Recht Geltung haben; denn durch die Reception fanden ja die römischen Rechtsgrundsätze der neueren Zeit in Deutschland Anerkennung. Wir dürfen sogar hier noch weiter gehen. Denn da im gemeinen Recht der Unterschied zwischen den stricti iuris und bonae fidei obligationes wegfiel, so musste nun auch das, was im römischen Recht nur für die letzteren galt, auf die ersteren ausgedehnt werden, d. h. für alle Arten von Obligationen gelten. Ueberall genügte also jetzt das blosse Affektionsinteresse.

Die historische Schule, vor allem Savigny, bekämpften zwar aufs heftigste diese Lehre, und auch heute noch widerspricht unter anderen Dernburg aufs schärfste der Annahme, dass nach gemeinem Recht jedes Versprechen einer Leistung ohne Rücksicht auf Vermögenswert eine bindende und klagbare Obligation erzeuge. Dies verkenne, meint er, dass ein Kriterium dafür nötig ist, was im Rahmen einer klagbaren Verbindlichkeit liegt und was bloss ethische Pflicht oder gar nur Höflichkeit ist. Eine sichere Grenze müsse im gemeinen Recht, wo es an einer Form für die Eingehung von Obligationen fehlt, von ganz besonderer Bedeutung sein.[56]) Allein mit Recht wird hiergegen eingewendet, dass das Kennzeichen für die Entstehung einer wahren, klagbaren Obligation der Wille der Kontrahenten sein müsse und es auf die Art des Interesses an der Leistung nicht ankommen könne. Wenn nur der Promittent die Absicht hat, sich rechtlich zu binden, so muss dies genügen, mag auch der Stipulator nur ein Affektionsinteresse an der Erfüllung des Versprechens haben.

---

[56]) Dernburg, Pandekten II, S. 51.

Im Laufe des 19. Jahrhunderts haben sich denn auch die meisten Rechtslehrer dieser Ansicht angeschlossen, wenn auch oft mit erheblichen Beschränkungen derselben. So will Puchta das Affektionsinteresse zur Begründung der Klagbarkeit von Obligationen nur dann als ausreichend ansehen, wenn die Forderung zugleich eine sittliche Pflicht für den Gläubiger ist. In ähnlicher Weise gestattet Goldschmidt die Berücksichtigung des Affektionsinteresses nur aus wichtigen Gründen. Ihering ging bereits weiter, indem er nur „den Verhältnissen der Geselligkeit und Gefälligkeit" den Rechtsschutz versagte, im übrigen aber bei jedem Affektionsinteresse eine klagbare Obligation entstehen lassen wollte. Aber auch die Einschränkung, die Ihering macht, ist, wie Fr. Mommsen gezeigt hat, völlig überflüssig. Denn Interessen der Geselligkeit und Gefälligkeit gehören als solche gar nicht in das Recht, brauchen also auch nicht besonders ausgeschieden zu werden. Wenn ich z. B. jemandem das Versprechen gebe, ihn besuchen zu wollen, und halte mein Wort nicht, so ist das möglicherweise unmoralisch, aber nicht rechtswidrig. „Schon das Sprachgefühl sträubt sich auf das Entschiedenste dagegen, in diesem Falle den Versprechensempfänger als Gläubiger zu bezeichnen und den Versprechenden als Schuldner. Es fehlt eben der Wille, eine wirkliche Verbindlichkeit zu kontrahieren, keine der Parteien hat die Absicht, ein Rechtsgeschäft abzuschliessen.[57])

„Aber", fragt Hellwig in seiner Abhandlung: Ueber die Grenzen der Vertragsmöglichkeit, „wenn nun der Versprechensempfänger, der juristische Bildung besass, vorsichtig war und gefragt hat, ob der Versprechende sich auch rechtlich verbindlich machen wolle? Dann fehle ja nicht der Verpflichtungswille, der Vertrag wäre also giltig." „Allein hiergegen ist wieder zu antworten, dass ein Vertrag, der die persönliche Freiheit bei einer Handlung beschränkt, die lediglich Ausfluss des freien Willens sein soll, die überhaupt in sittlicher und natürlicher Freiheit vorgenommen werden soll und nur als solche einen moralischen Wert hat, contra bonos mores und aus diesem Grunde ungiltig ist."[57]) — Was von den Verhältnissen der Geselligkeit gilt, das muss auch bei denen der Gefälligkeit Anwendung finden. Der Freundschaftsdienst, der versprochen wird, verträgt als solcher keinen Zwang; er kann nur als Freundschaftsdienst gegeben und genommen werden. Somit gehört auch er nicht in das Gebiet des Rechts hinein. Ihering hätte also richtiger getan, die Einschränkung des Satzes, dass jedes Affektionsinteresse eine klagbare Obligation entstehen

[57]) Kohlen, Das Affektionsinteresse bei Obligationen. Inaug.-Diss. Erlangen, S. 26.

lasse, beiseite zu lassen. Jedes Interesse müssen wir also als des Rechtsschutzes würdig erachten. Nur da, wo die Forderung auf einer blossen Laune beruht, wo nicht das geringste Interesse an der Erfüllung eines Versprechens besteht, müssen wir mit Windscheid die Klagbarkeit des Versprechens verneinen. Das pactum, auf das sich der Stipulator stützt, wird also in diesem Falle ohne jede rechtliche Verbindlichkeit sein.

Wenden wir nun die soeben gefundenen Regeln des gemeinen Rechts auf das pactum de non alienando an, so müssen wir sagen: Jeder Vertrag, durch welchen der Eigentümer einer Sache einem anderen verspricht, sein Eigentum nicht veräussern zu wollen, ist von rechtlicher Wirksamkeit, sofern der Versprechensempfänger an der Nichtveräusserung auch nur ein Affektionsinteresse hat.

§ 8.

Die verschiedenen Arten der giltigen pacta de non alienando.

a) Ein die Verbindlichkeit des vertragsmässigen Veräusserungsverbots bewirkendes Interesse ist vor allem dann vorhanden, wenn dem Kontrahenten ein dingliches Recht an der Sache, deren Nichtveräusserung er sich versprechen lässt, zusteht. Durch jenen Vertrag will er sich gerade sicherstellen, dass ihm die Ausübung seines Rechtes nicht gefährdet werde. Denn wenn auch das dingliche Recht von jedem Dritten anerkannt und unberührt gelassen werden muss, den dinglich Berechtigten also durch den Wechsel der Person des Eigentümers ein unmittelbarer Vermögensnachteil nicht trifft, so kann man doch nicht leugnen, dass er an einer Veräusserung der belasteten Sache interessiert ist. Trotz seines dinglichen Rechtes kann er in seiner Stellung sehr beeinträchtigt werden. Es wird ihm daher nicht gleichgiltig sein, ob der Eigentümer, mit dem er das pactum de non alienando abschloss, die Sache behält oder ob sie in die Hände eines Dritten kommt, bei dem ihre Integrität, sei es durch Vorsatz oder Nachlässigkeit, gefährdet ist. — Dies muss von jedem dinglich Berechtigten gelten, also auch von einem Pfandgläubiger; denn auch er kann durch die angedeuteten Eventualitäten benachteiligt werden. Gleichwohl ist dies vielfach bestritten worden. Und zwar gründeten die Gegner ihre Ansicht auf eine Stelle Marcians, nämlich die 17 § 2 D. de distr. pign. 20, 5, die schon von jeher — vor allem wegen der in ihr ausgesprochenen Wirkung — der Gegenstand zahlreicher Kontroversen gewesen ist, und die auf Grund einer von mehreren

Rechtslehrern angenommenen Emendation die Ungiltigkeit des zwischen dem Pfandgläubiger und seinem Schuldner abgeschlossenen pactum de non alienando beweisen sollte. Wir können uns hier damit begnügen, darauf hinzuweisen, dass sowohl die Florentina wie auch die Basiliken jenen Vertrag, wonach der Schuldner die Pfandsache nicht veräussern solle, als giltig anerkannten, mit anderen Worten ein rechtlich beachtenswertes Interesse des Pfandgläubigers an der Nichtveräusserung annahmen. Zwar haben sich schon Baldus, Donellus, später vor allem Puchta, Schmid, Böcking und in letzter Zeit noch Arndts hiergegen erklärt und behauptet, die Veräusserung könne dem Pfandgläubiger gleichgiltig sein, doch Sintenis hat bereits eine ganze Fülle von „Utilitäten" angeführt, deren Exemplifikation Dernburg noch vermehrt hat, um zu beweisen, wie sehr jener an der Einhaltung des Vertrages interessiert ist. Wenn auch das beneficium excussionis erst später geschaffen wurde, so konnte doch schon früh der Dritte als Eigentümer dem Pfandgläubiger Schwierigkeiten bereiten. Er konnte ihn zurückweisen, falls dieser mit der actio hypothecaria die Herausgabe des Besitzes der Pfandsache verlangte, und darauf bestehen, „dass er zunächst die persönlichen Schuldner durchexequire."[58]) Der Beweis, dass das Pfandobjekt Eigentum des Verpfänders gewesen, ist einem Dritten gegenüber schwieriger; denn Zuschiebung eines Eides ist hier ausgeschlossen. Und dringt der Gläubiger wirklich mit seiner Klage durch, so kann er noch, infolge des Retentionsrechtes des dritten Besitzers, wegen Verwendungen beeinträchtigt werden. Endlich ist es gar nicht ausgeschlossen, dass der neue Eigentümer seinerseits s e i n e n Gläubigern Pfandrechte an der Sache bestellt, die unter Umständen vor dem Rechte des ersten Pfandgläubigers einen Vorzug geniessen. — Wahrlich Gründe genug, um die Veräusserung der Sache als dem Interesse des Stipulators zuwider anzusehen. Es ist daher nicht zu erkennen, weshalb sein pactum de non alienando mit dem Schuldner nicht giltig sein sollte.

b) Ein zweiter Fall der Giltigkeit eines vertragsmässigen Verbotes der Veräusserung einer Sache liegt vor, wenn deren Nichtveräusserung bei einem Traditionsgeschäfte zugesagt worden ist, denn in traditionibus rerum quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est. (148 D. de pact. 2, 14.) Es ist dies zwar nicht eine Eigentümlichkeit der traditio, denn diese ist ja nur die Form der Uebereignung einer Sache, sondern vielmehr der causa, auf die sich die Eigentumsübertragung stützt. Die Tradition

---

[58]) Dernburg, Pfandrecht II, S. 21.

bringt nur, wie Dernburg[59]) sagt, „den Willen des Tradenten, die Herrschaft über die Sache zu übertragen, und beim Empfänger den Willen, die Sachherrschaft zu gewinnen — den beiderseitigen Uebereignungswillen" zum Ausdruck; der bestimmende Grund, der verfolgte Zweck der Eigentumsübertragung aber liegt in der causa. Auf sie stützt sich der Uebereignungswille des Tradenten, auf sie stützt sich auch sein Veräusserungsverbot.

Zur Wirksamkeit des pactum de non alienando bedarf es daher in diesem Falle nicht noch des Nachweises eines besonderen Interesses an der Erfüllung des Vertrages. In dem pactum des ursprünglichen Eigentümers mit dem successor liegt schon das Interesse des ersteren an der Einhaltung der von dem anderen übernommenen Verpflichtung.

Es ist daher die Giltigkeit des Vertrages nicht nur dann anzunehmen, wenn der auctor infolge drängender Umstände sein Eigentum mit der Absicht veräussert, es später, wenn seine Lage sich gebessert haben wird, zurückzuerwerben, sondern auch dann, wenn das Verbot der Veräusserung vertragsmässig einer lukrativen Zuwendung beigefügt wird. Für diesen letzteren Fall der Schenkung übernimmt der Beschenkte mit der Verpflichtung, die geschenkt erhaltene Sache nicht weiter zu veräussern, eine Auflage, deren Nichterfüllung die condictio des Schenkers zur Folge haben kann. In diesem Kondiktionsrechte liegt das Interesse, welches das pactum de non alienando zum verbindlichen macht.

Die Giltigkeit der soeben angeführten Veräusserungsverbote, die sich als Nebenabreden bei Traditionsgeschäften darstellen, wird in den Quellen an zahlreichen Stellen besonders ausgesprochen. Schon bevor sie durch Justinian zur allgemeinen Regel wurde, war sie bereits in einzelnen Fällen, so namentlich beim Kauf und bei der Schenkung, anerkannt worden.

So wird das bei einem Geschenk auferlegte Verbot der alienatio als verbindlich erklärt mit den Worten der l 3 C. de cond. ob. c. d. 4, 6: Ea lege in vos collata donatio, ut neutri alienandae suae portionis facultas ulla competeret, id efficit, ne alteruter eorum dominium alienaret, vel ut donatori vel eius heredi condictio, si non fuerit condicio servata quaeratur.

Besonders zahlreich sind die Pandektenstellen, in denen der Verkäufer sich die Nichtveräusserung der Sache von dem Erwerber versprechen lässt. So spricht z. B. Paulus in der l 21 § 5

---

[59]) Dernburg I, Abt. 2, S. 104. — „Der Uebereignungswille des Tradenten muss sich auf einen Grund — causa — stützen. Denn wer sein Vermögen durch Rechtsakte vermindert, muss vernünftigerweise hierbei ein Ziel im Auge haben, welches den Grund solchen Handelns bildet."

D. 19, 1, von einem rechtsverbindlichen pactum des Veräusserers eines Grundstücks mit dem Käufer, worin letzterer verspricht: ut fundum nulli alii quam ei venderet.

Was schon früh für einzelne Fälle ausgesprochen war, das generalisierte Justinian, indem er bestimmte, dass bei allen Arten von Eigentums-Uebertragungen die Veräusserung der tradierten Sache durch Nebenvertrag giltig verboten werden könne. In der l 9 C. de pact. int. empt. et vendit. comp. 4, 54 sagt nämlich der Kaiser: Si quis ita paciscatur in venditionis vel alienationis contractu, ut novo domino nullo modo liceat in loco vendito vel alio modo sibi concesso monumentum exstruere, vel alio modo humano iuri eum eximere, sancimus, licet hoc apud veteres dubitabatur, tale pactum ex nostra lege esse fovendum et immutilatum permanere. Forsitan enim multum eius intererat, ne ei vicinus non solum quem nollet aggregaretur, sed etiam pro quo specialiter interdictum est. Cum etenim venditor vel alius alienator non alia lege ius suum transferre passus est, nisi tali fretus conventione, quomodo ferendum est, aliquam captionem ex varia pati eum interpretatione?

c) Eine dritte Gruppe giltiger vertragsmässiger Veräusserungsverbote bilden endlich diejenigen Fälle, in denen derjenige, der sich die Nichtveräusserung versprechen lässt, an der Veräusserung zwar nicht interessiert ist, in denen aber durch dieselbe ein künstlich geschaffenes Interesse verletzt wird. Wenn es nämlich dem Kontrahenten an sich gleichgiltig wäre, ob die Sache veräussert wird oder nicht, so kann doch das pactum de non alienando indirekt für ihn ein Interesse und somit Wirksamkeit erlangen, wenn nämlich von dem Eigentümer für den Fall der Veräusserung eine Konventionalstrafe versprochen wird. Aus dieser Stipulation erwächst dem Kontrahenten eine Klage auf Zahlung der Strafe, und damit ist das Interesse an der Erfüllung der von dem Gegner übernommenen Verpflichtung gegeben. In der Konventionalstrafe liegt das Interesse an der Einhaltung des pactum de non alienando. So wird also durch die Pönalstipulation dem Verbote Giltigkeit verliehen. Daher sagt z. B. Paulus in der l 11 D. de reb. 11, 7: Quod si locus monumenti hac lege venierit, ne in eum inferrentur, quod ius est inferri, pactum quidem ad hoc non sufficit, sed stipulatione id caveri oportet.

§ 9.

Die Wirkung des pactum de non alienando.

In dem pactum de non alienando verspricht der Eigentümer dem Kontrahenten, eine Sache, die an sich veräusserlich ist und zu deren Veräusserung er berechtigt ist, nicht zu veräussern. Mit diesem Versprechen geht er eine persönliche Verbindlichkeit, eine Obligation, ein. Wie nun jedes Schuldverhältnis nur darin besteht, dass die Kontrahenten durch ein vinculum iuris verbunden sind, so dass der eine von dem anderen ein Tun oder Unterlassen verlangen kann, während der andere verpflichtet ist, die Leistung zu bewirken, so kann auch durch das pactum de non alienando nur die Person des Eigentümers der Sache verpflichtet, nicht aber die Sache selbst belastet werden. Der allgemeine Grundsatz über Verträge, den Paulus in der l 3 pr. D. 44, 7 ausspricht mit den Worten: Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum, muss auch auf das vertragsmässige Veräusserungsverbot Anwendung finden. Durch den Vertrag wird also das Eigentum als solches nicht afficiert; inhaltlich gewährt es nach wie vor die facultas alienandi. Die Verpflichtung, die der Berechtigte übernommen hat, trifft nur seine Person hinsichtlich dieser seiner Befugnis. Sein Versprechen, die Sache nicht zu veräussern, wird also nur eine Forderung gegen ihn begründen können. Wenn er daher trotz des Verbotes die Sache auf einen anderen überträgt, so verletzt er wohl den Vertrag, allein die geschehene Veräusserung kann nicht in Frage gestellt werden; die Sache ist giltig in das Eigentum des Erwerbers übergegangen. Dies muss selbst dann gelten, wenn der Promissar auf Grund seiner Vereinbarung mit dem Eigentümer das Recht hätte, von ihm im Falle der Zuwiderhandlung gegen das pactum de non alienando die Rückgabe der einst von ihm selbst auf jenen tradierten Sache zu verlangen. Wegen der Nichterfüllung der Obligation wird der Promittent auch in diesem Falle nur persönlich verantwortlich gemacht werden können.

Die rechtliche Folge der obligatorischen Gebundenheit besteht, wie wir gesehen haben, in dem persönlichen Rechte des Kontrahenten. Dies äussert sich im Falle der Nichterfüllung des Vertrages darin, dass dem in seinem Interesse Verletzten ein Entschädigungsanspruch gegen den Promittenten zusteht. So wird ihm auch bei der Nichterfüllung des pactum de non alienando nur eine persönliche Klage auf das id quod interest zustehen. „Es

haftet somit nur der seiner Vertragspflicht zuwider Veräussernde, nicht der von ihm erwerbende Dritte dem durch die Nichteinhaltung des Vertrages"[60]) verletzten Kontrahenten.

Die bloss obligatorische Wirkung des vertragsmässigen Veräusserungsverbotes und die demnach trotz der Verletzung desselben bestehende Giltigkeit der Veräusserung wird an zahlreichen Stellen des Corpus iuris civilis bezeugt. So sagt z. B. l 135 § 3 D. 45, 1: Ea lege donatum sibi esse a Seia servum et traditum, ut ne ad fratrem eius aut filium aut uxorem aut socrum perveniret, scripsit et haec ita stipulante Seia spopondit Titius, qui post biennium heredes reliquit Seiam et fratrem, cui ne serviret, expressum erat: quaeritur an Seia cum fratre et coherede ex stipulatu agere possit. Respondit posse in id, quod eius interest.

Wie der Schenker, so kann auch der, welcher seine Sache verkauft hat und sich bei dem Traditionsgeschäfte deren Nichtveräusserung versprechen liess, im Falle der dennoch vorgenommenen Veräusserung nicht etwa die veräusserte Sache vindicieren, sondern nur mit einer persönlichen Klage gegen den wortbrüchigen Promittenten vorgehen und Schadensersatzansprüche geltend machen. Als Beleg hierfür muss die l 21 § 5 D. 19, 1 gelten, die da sagt: Sed et si ita fundum tibi vendidero, ut nulli alii eum quam mihi venderes, actio eo nomine ex vendito est, si alii vendideris.

Die für den Schenker und Verkäufer angeführten Regeln müssen auf Grund der Verallgemeinerung der l 9 C. 4, 54 überall da gelten, wo ein früherer Eigentümer oder ein sonst an der Erfüllung des pactum de non alienando Interessierter in diesem Interesse geschädigt wird. Sie alle werden mit einer persönlichen Klage gegen den Veräusserer vorgehen und Entschädigung verlangen können. Derjenige aber, dem eine Konventionalstrafe versprochen worden ist, wird diese von seinem Kontrahenten beanspruchen dürfen, wie sich aus der oben erwähnten l 11 D. de rel. 11, 7, ergibt.

Bezüglich der dinglich Berechtigten lässt sich jedoch die Antwort nicht so allgemein geben. Hier muss nämlich eine Anomalie konstatiert werden. Denn so sehr man sich auch von jeher abgemüht hat, die in der l 7 § 2 D. 20, 5 enthaltene Bestimmung mit den genannten Grundsätzen zu vereinbaren, so ist man zu keinem anderen befriedigenden Ergebnis gekommen, als dass der Vertrag des Pfandgläubigers mit seinem Schuldner nicht unter die allgemeine Regel gebracht werden dürfe. Was aber sonst die dinglich Berechtigten anbetrifft, so findet schon Sintenis keinen Grund, die obligatorische Wirkung des Vertrages und die Giltig-

---

[60]) Böcking S. 195.

keit der trotz des vertragsmässigen Verbotes vorgenommenen Veräusserung bei diesen nicht anzunehmen. Es lässt sich zwar das Für so wenig wie das Wider dieser Behauptung unmittelbar quellenmässig belegen; aber da das fr. 7 § 2 de distr. an sich unbestritten eine Singularität darstellt, nur vom Pfandgläubiger spricht und in ausführlicher Weise nur über dessen Rechtsstellung Antwort gibt, ohne auch nur mit einem Worte die übrigen dinglich Berechtigten zu erwähnen, so darf man wohl den so ganz vereinzelt dastehenden Rechtssatz von der realen Wirkung des zwischen Pfandgläubiger und Schuldner geschlossenen Vertrages nicht auch auf das pactum de non alienando jener ausdehnen. Wir müssen dasselbe vielmehr nach Analogie des Vertrages sonstig Interessierter behandeln, so dass auch hier jede dingliche Wirkung des Verbotes ausgeschlossen bleibt und nur eine persönliche Klage im Falle der Veräusserung gegeben ist. Fritz's Behauptung, dass das, was dem Pfandgläubiger recht sei, den anderen dinglich Berechtigten billig sein müsse, lässt sich durch nichts weiter rechtfertigen.

Schon früh hat sich nun aber in der Wissenschaft das Bestreben geltend gemacht, auf Grund einzelner Gesetzesstellen, die zum Teil falsch interpretiert wurden, oder aus der Natur der Sache, den Grundsatz des römischen Rechts von der obligatorischen Wirkung der vertragsmässigen Veräusserungsverbote zu erschüttern und denselben unter gewissen Umständen dingliche Wirkung zuzuschreiben. Wir wollen deshalb zunächst diese einzelnen Behauptungen zu widerlegen versuchen, um sodann den in der Tat vorhandenen, aber nur einzig dastehenden Ausnahmefall eines mit dinglicher Kraft ausgestatteten pactum de non alienando zu betrachten.

§ 10.

Kontroversen und deren Lösung.

Die Behauptung verschiedener älterer Rechtslehrer, dass in einer Reihe von Pandektenstellen das vertragsmässige Veräusserungsverbot mit dinglicher Wirkung ausgestattet sei, lässt sich leicht widerlegen, wenn man diese Stellen, auf Grund deren sie dann vielfach auch ihre Ansicht als allgemeinen Grundsatz aufstellten, einer scharfen Interpretation unterzieht.

Als eine der Hauptstützen für die reale Wirkung eines pactum de non alienando meinten die Gegner die oben citierte l 3 C. 4, 6 anführen zu können, in der es heisst: Ea lege in vos collata donatio, ut neutri alienandae suae portionis facultas ulla competeret, id efficit, ne alteruter eorum dominium prorsus alienaret. Aus den Worten „id efficit, ne alteruter vestrum prorsus dominium alie-

naret" schloss man, dass das Eigentum auf Grund eines solchen Vertrages nicht weiter übertragen werden könne, die trotzdem erfolgte Veräusserung also nichtig sei.

Demgegenüber hat nun Lauk mit Recht hingewiesen auf die Bedeutung des jener vermeintlichen Beweisstelle folgenden „vel" und der sich daran anschliessenden Worte: (vel) ut donatori vel heredi eius condictio, si non fuerit condicio servata, quaeratur, und hat gezeigt, dass erst hierin die Rechtswirkung des Verbotes erblickt werden könne. Wenn nämlich, so führt er aus, gesagt wird: id efficit, ne .... alienaret, so soll damit nur der Wille des das Verbot aufstellenden donators ausgedrückt werden: der Beschenkte soll die Sache nicht weiter veräussern. Diesem wird sich nun entweder der Beschenkte fügen und wird die Veräusserung unterlassen — und hierin liegt die faktische Folge des Verbotes — oder aber „vel" — er fügt sich demselben nicht, übertritt das Verbot, und dann soll als die rechtliche Folge der Nichterfüllung des pactum de non alienando eintreten, ut donatori condictio quaeratur. Alsdann soll also dem Schenker die condictio gegeben sein. Unter dieser versteht man jedoch nach § 15 J. de action. 4, 6[61]) eine persönliche Klage. Mit dieser wird sich der donator aber nicht gegen den dritten Besitzer der veräusserten Sache wenden können; denn dieser ist ihm ja gar nicht verpflichtet. Er wird aber auch nicht die Sache von ihm zurückfordern können, denn hierzu hätte er die rei vindicatio nötig. Die Veräusserung muss also als giltig angesehen werden.

Wohl wird sich der Schenker an den Veräusserer wenden und von ihm die Rückgabe der Sache verlangen können, jedoch nur mit einer persönlichen Klage. Wird daher der Promittent die Veräusserung nicht mehr rückgängig machen können oder wollen, so muss sich der Kläger damit begnügen, dass ihm auf Grund seines Anspruchs das id quod interest geleistet wird. Das aber ist es allein, was in der lex citata ausgesprochen worden ist, wie auch schon Cujacius (ad L. 122 § 3 D. de verb. obl.) erkannt hat.

Man hat sich vielfach bemüht, noch auf anderen Wegen zu dem Ergebnis zu kommen, dass die 13 C. 4, 6 durchaus vereinbar sei mit der allgemeinen Regel von der bloss obligatorischen Wirkung eines vertragsmässigen Veräusserungsverbotes und der Giltigkeit der dem Verbote zuwider vorgenommenen Veräusse-

---

[61]) § 15 J. de action. 4, 6: Appellamus autem in personam actiones, quibus dare facere oportere intenditur, condictiones condicere enim est denuntiare prisca lingua: nunc vero abusive dicimus condictionem actionem in personam esse qua actor intendit dari sibi oportere.

rung; wir dürfen aber wohl den Beweis hierfür durch die obigen Ausführungen für erbracht ansehen. Als Wahrscheinlichkeitsbeweis sei noch angeführt, dass auch die Basiliken deutlich mit dem von uns verteidigten Inhalte der genannten Stelle der Florentina übereinstimmen; denn in lib. XXIV tit. 1 c 31 Bas. finden wir die Worte: Ἐάν τις δωρήσηταί τινι ἐπὶ ὅρῳ τοιούτῳ ἐπὶ τῷ μηδέποτε τὰ δωρηθέντα ἐκποιῆσαι, τῷ μὲν νόμῳ ἐκποίησις οὐ κεκώλυται ὁ δὲ ἐκποιήσας κατέχεται τῷ τῆς ἀπαιτήσεως δικαίως.

Trotz alledem wollte man sich nicht beruhigen bei dem Gedanken, dass der Schenker nicht das Recht haben sollte, die seinem Verbote zuwider veräusserte Sache zu vindicieren; man wollte durchaus dem Verbote dingliche Wirkung verleihen. In der 17 § 3 C. de don. 8, 56, in der die Rede davon ist, dass dem Schenker das Recht zustehen solle, die gemachte Schenkung wegen Undankes zu revocieren, glaubte man, eine weitere Belegstelle für diese Ansicht gefunden zu haben. Aus den Worten: actionem vero .... ita personalem esse volumus, ut vindicationem tantum habeat effectum wollte man schliessen, dass hiermit die dingliche Klage gegeben sei. Allein wie schwer man sich versündigte, als man diese Stelle als Beweis für die dingliche Wirkung eines pactum de non alienando vorbringen zu können glaubte, betont Vangerow, indem er sagt: „Es ist wahrhaft unbegreiflich, dass man sich hierauf beruft; denn nicht nur, dass die ganze Stelle gar nicht von einem vertragsmässigen Veräusserungsverbot spricht, so bedeutet auch hier vindicatio offenbar nur ebenso viel wie vindicta, und es ist mit jenen Worten nur eine sogenannte actio vindictam spirans bezeichnet, wie schon aus dem Nachsatze nec in heredem detur nec tribuatur heredi klar hervorgeht.“[62])

Als eine dritte Beweisstelle für ihre Ansicht führten die Gegner der obligatorischen Wirkung die oben citierte 17 C. de reb. al. non alienand. 4, 51 an. Gleichwie die gesetzlichen Veräusserungsverbote von dinglicher Wirkung sind, so müssten, meinten sie, auch die vertragsmässigen dieselbe Kraft haben, denn Justinian habe in dieser constitutio alle Arten der Veräusserungsverbote einander gleichgestellt; ausserdem würden ja in dieser Gesetzesstelle hinsichtlich der Wirkungen aller Veräusserungsverbote die gleichen Ausdrücke gebraucht. Hieraus müsse man folgern, dass auch die gegen das pactum de non alienando verstossende Veräusserung nichtig sei und die alienierte Sache demgemäss von jedem dritten Besitzer vindiciert werden könne.

Dieser Ansicht müssen wir aber entgegenhalten, dass Justinian, wenn er die gesetzlichen, testamentarischen und vertragsmässigen

[62]) Vangerow, Pandekten, S. 552.

Veräusserungsverbote in dieser constitutio gleichmässig behandelte, dies nur zu dem Zwecke tat, um den Umfang des Begriffes der Veräusserung festzustellen, nicht aber, um auch ihre gleichmässige Wirkung zu bestimmen. Ebensowenig können die für alle Arten der Verbote gebrauchten Ausdrücke, wie „penitus prohiberi" oder „servitutes imponi" irgend etwas für die gleiche Wirkung derselben beweisen. Dies zeigt ganz deutlich ein Vergleich mit der l 3 C. 4, 6, wo die obligatorische Wirkung des pactum de non alienando scharf hervorgehoben ist.

Auch in der vorhin erwähnten l 9 C. 4, 54 erblickte man vielfach eine Berechtigung zur Annahme der dinglichen Wirkung des Vertrages. Allein, wie schon oben gesagt, gab Justinian diese Bestimmung nur zu dem Zwecke, um die streitige Frage über Giltigkeit oder Ungiltigkeit der in jener Stelle erwähnten Art von vertragsmässigen Veräusserungsverboten zu entscheiden. Bezüglich der Wirkung der trotz derselben vorgenommenen Veräusserung sagt er nichts. — Ebensowenig kann die l 48 D. 2, 14 als Beleg für die gegnerische Ansicht angeführt werden. Denn auch aus ihr ist nur zu entnehmen, dass ein auf die Nichtveräusserung gerichteter Vertrag bei Eigentumsübertragungen giltig ist.

Doch nicht ganz vergeblich war das Suchen der Gegner nach einer Pandektenstelle, die ihre Ansicht bestätigte. Die l 5 C. si manc. 4, 57 spricht die Nichtigkeit der Freilassung eines Sklaven aus, zu deren Unterlassung man sich beim Kaufe verbunden hatte. Allein schon die Glosse stellt dies als ius singulare hin, so dass man von diesem vereinzelten Falle nicht auf eine allgemeine Regel schliessen darf.

Somit sehen wir, dass all die Gesetzesstellen, welche die dingliche Wirkung des vertragsmässigen Veräusserungsverbotes bestätigen sollen — abgesehen von dem soeben erwähnten veralteten Ausnahmefalle — entweder über die Wirkung gänzlich schweigen oder sogar das Gegenteil beweisen.

Den genannten Versuchen, aus den Quellen heraus dem verletzten Kontrahenten eine dingliche Klage gegen jeden dritten Besitzer zu gewähren, reihen sich nun diejenigen an, in denen die Natur der Sache als Grund für diese Meinung von einigen Schriftstellern angeführt wird.

Wenn auch, so sagen diese Rechtslehrer, zu denen u. a. Glück und Schmid gehören, die aus dem blossen Vertrage entspringenden Ansprüche im allgemeinen rein persönlicher Natur sind, so ändert sich dies doch, wenn derjenige, dem die Nichtveräusserung einer Sache versprochen wird, zur Sicherung seines Anspruchs auf Einhaltung des Vertrages sich eine Hypothek auf der Sache vor-

behalten hat. Hier müsse der Vertrag die Wirkung haben, dass im Falle seiner Nichterfüllung der Verletzte die Sache von dem Dritten vindicieren könne. Zwar kommt vor allem Glück mit dieser Behauptung in Widerspruch mit seiner sonstigen Lehre vom Retraktrecht. In seinem Kommentar zu den Pandekten sagt er nämlich S. 167: „Das bedingte Näherrecht, welches sich jemand in einem Vertrage an der Sache seines Paciscenten auf den Fall einer Veräusserung derselben ausbedungen hat, gibt in der Regel nur ein ius in personam, weshalb dem Berechtigten zwar eine persönliche Klage gegen den anderen Paciscenten oder dessen Erben, aber keine dingliche Klage gegen den dritten Besitzer, wenn die Sache einmal veräussert worden ist, zusteht." Er beweist auch diese Ansicht mit der 175 D. de contr. empt. et vend. 18, 1. Im Falle eines mit dem Vertrage verbundenen Pfandrechts aber, meint er, müsse etwas anderes gelten. Wening-Ingenheim sucht dies sogar zu begründen, indem er sagt: „Die Veräusserung ist nichtig, und der Interessierte hat eine dingliche Klage gegen jeden dritten Besitzer wegen des Sachenrechts, das er bei dem Abschluss des Vertrages mit dem Eigentümer erhielt."

Hiergegen hat sich schon Böcking gewendet mit den Worten: Es hiesse das „dem Digestenrechte den exorbitanten Satz zuschreiben, dass man jedem vertragsmässigen Veräusserungsverbote dadurch reale Wirksamkeit verleihen, die Nichtigkeit der dennoch geschehenen Veräusserung begründen könne, dass man sich ein Pfandrecht an der Sache bestellen lasse, deren Veräusserung der Vertrag hindern soll."[63])

Indes liegt in der Behauptung Glücks doch eine Wahrheit, die freilich einen anderen Grund hat, als er annimmt; sie darf daher auch nicht in der absoluten Form ausgesprochen werden, in der er es tut. Das Pfandrecht gewährt sehr wohl eine dingliche Klage, aber doch nur eine actio hypothecaria. Die Veräusserung macht sie nicht nichtig, und überdies ist sie auch nicht gegeben wegen der Veräusserung des Pfandobjektes. Durch die Hypothek hat der aus dem pactum de non alienando Berechtigte nur sein persönliches Recht, die Einhaltung des Vertrages zu fordern und „seine eventuell aus dem Vertrage entspringende Entschädigungsforderung"[64]) sicher stellen wollen. Er hat nicht etwa das auf Grund der Hypothek ihm zustehende Recht zum Gegenstande seines unmittelbaren Anspruchs gemacht. Der Vertrag selbst ist also nicht verdinglicht worden. Folglich ist auch das Recht des Kontra-

---

[63]) Böcking II, S. 193.
[64]) Göschen S. 37, § 229.

henten aus dem pactum de non alienando nicht in ein dingliches verwandelt worden, sondern ist ein persönliches geblieben, so dass er sich wegen der Verletzung des Vertrages auch jetzt nur an den Veräusserer halten kann. Nur gegen diesen wird er seine Schadensersatzansprüche geltend machen können. Nun hat aber dieser seine Verpflichtung zum Ersatze des gegnerischen Interesses bereits in der Pfandsache realisiert, so dass diese nunmehr allein dem Verletzten haftet. Dies erst hat zur Folge, dass sie mit der actio hypothecaria herausverlangt werden kann, auch wenn sie in das Vermögen eines Dritten übergegangen ist. Das Eigentum des Empfängers und die hypothekarische Klage des Kontrahenten lassen sich ja sehr wohl mit einander vereinbaren. — Da schliesslich die Sache doch immer nur das Interesse des Verletzten entschädigen soll, so ist es auch sehr gut möglich, dass dieser von dem Dritten anderweitig schadlos gehalten wird, indem ihm der Betrag seines Interesses von jenem ausgezahlt wird. Aus alledem können wir ersehen, dass „die Natur der Prinzipalforderung durch das Pfandrecht als eines bloss accessorischen Rechtes nicht geändert"[65]) wird. Die Wirkung des pactum de non alienando als solchen ist auch in diesem Falle nur eine obligatorische.

Als eine zweite gewiss zu verwerfende Ansicht wird von Glück und anderen die Behauptung aufgestellt, es müsse nicht nur eine obligatorische, sondern eine dingliche Wirkung des vertragsmässigen Veräusserungsverbotes angenommen werden, wenn der Dritte, der die Sache kauft, weiss, dass sie wegen eines zwischen dem Verkäufer und dessen auctor geschlossenen Vertrages nicht verkauft werden darf. Hier mache sich ja der Dritte eines dolus schuldig. Daher müsse auch gegen ihn eine Klage gegeben sein, er müsse dem Verletzten haften. — Hiergegen hat sich vor allem Wächter gewendet, indem er darauf hinwies, dass der Dritte nicht des dolus schuldig sein könne gegen den ersten Veräusserer, da er zu ihm in gar keinem Verhältnis stehe, ihm gegenüber also auch keine Verpflichtung habe, sich des Kaufes der Sache zu enthalten. So sehr er auch in mala fide sein mag, er braucht doch keine Rücksicht zu nehmen auf das Interesse jenes anderen, dem die Nichtveräusserung zugesagt war. Das eben ist ja die Bedeutung der obligatio, dass sie nur zwischen den beiden Kontrahenten wirkt, nur diese einander verpflichtet. So kann auch durch das pactum de non alienando nur der kontrahierende Eigentümer verbunden werden, nicht aber ein Dritter, der ganz auserhalb dieses obligatorischen Nexus steht. Dieser hat sich nur seinem eigenen auctor

---

[65]) Mühlenbruch, die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, S. 329.

gegenüber jeder dolosen Handlungsweise zu enthalten, um nicht als rechtloser Erwerber zu erscheinen. Kauft er deshalb die Sache mit dem Bewusstsein, dass der Verkäufer sich einem anderen gegenüber zur Nichtveräusserung verpflichtet hat, so erwirbt er rechtmässig das Eigentum an der Sache. Denn diese war ja durch das pactum de non alienando nicht etwa zur res extra commercium geworden. Ebensowenig war dadurch dem Paciscenten die Fähigkeit zur Veräusserung genommen. Nur die Berechtigung dazu war verloren gegangen. Deshalb kann gegen ihn und nur gegen ihn von dem Kontrahenten wegen Nichterfüllung des Vertrages der Anspruch auf Schadensersatz geltend gemacht werden. Von dem Dritten aber darf keine Rücksichtnahme auf das Interesse dessen, der mit ihm in keiner rechtlichen Beziehung steht, verlangt werden.

Weit schwieriger war es indes, jene Argumentation der Vertreter der dinglichen Wirkung zu widerlegen, die sie anschlossen an die besondere Konstruktion eines pactum de non alienando, das der Eigentümer als Resolutivbedingung einem Veräusserungsvertrage beifügte. Nicht allein viele ältere Rechtslehrer, sondern auch mehrere der neueren Zeit, wie z. B. Göschen, Sintenis, Puchta, Lauk und Vangerow stellten die Behauptung auf, dass in diesem Falle die dem Verbote zuwider erfolgte Veräusserung nichtig sei und der frühere Eigentümer die Sache von jedem dritten Besitzer vindicieren könne.

In der Tat ist hier dem Stipulator die Möglichkeit gegeben, die veräusserte Sache von jedem Dritten zurückzuverlangen; aber nicht der Vertrag als solcher hat die dingliche Kraft. Dies ist vielmehr eine Wirkung der Resolutivbedingung. Diese besagt nämlich, dass die Sache nur so lange im Eigentum des Erwerbers stehen sollte, als sie nicht veräussert wird, dass sie aber, falls dies doch geschähe, an den ursprünglichen auctor zurückfallen solle. Somit wird in dem Vertrage etwa bestimmt: Du, Erwerber, sollst die Sache, die ich dir jetzt zu Eigentum übergebe, nicht veräussern; wenn du es aber tust, dann soll der Veräusserungsvertrag, den wir beide jetzt mit einander schliessen, als gar nicht geschlossen angesehen werden; das Eigentum soll also dann ipso iure an mich zurückfallen. — Neben dem pactum, das den Promittenten persönlich zur Nichtveräusserung verpflichtet, steht also noch die Resolutivbedingung, die das Eigentum an der Sache betrifft und das Eigentumsrecht an sich auflösend bedingt. Mit der Veräusserung, der Nichterfüllung der obligatio, wird daher zugleich auch die Resolutivbedingung erfüllt, und es gilt nun der Satz: resoluto iure concedentis resolvitur ius accipientis. Also wegen des Eintritts

der auflösenden Bedingung und des daraus sich ergebenden Rückfalls des Eigentums ist dem Promissar die dingliche Klage gegen den Dritten gegeben, nicht aber wegen der Nichterfüllung des Vertrages. Ersteres ist nur die Folge des letzteren. Demzufolge ist auch die Veräusserung selbst nicht nichtig. Der Promittent gibt die Sache fort, und der Dritte erwirbt sie zu Eigentum. Nun erst tritt die weitere Wirkung ein: die dingliche Wirkung der erfüllten Resolutivbedingung. Diese gewährt dem aus dem pactum de non alienando Interessierten die rei vindicatio, nicht aber der Vertrag. „Das Eigentum selbst, nicht bloss die potestas alienandi ist hier also in Frage gestellt."[66]) Nicht wegen der Uebertretung des Veräusserungsverbotes, sondern wegen der Erfüllung der Resolutivbedingung wird der ursprüngliche auctor wieder Eigentümer. Dies hat bereits Böcking[66]) erkannt. Nachdem er darauf hingewiesen, dass die Wirksamkeit des Privatwillens nicht soweit gehen könne, über die Erwerbs-Berechtigung oder -Nicht-Berechtigung Dritter zu verfügen, zeigt er, dass auch das Verbot der Nichtveräusserung nur persönlich wirken könne und zwar selbst dann, wenn es mit einer Resolutivbedingung ausgestattet sei. — Wenn aber erst die nachträglich eintretende Wirkung der Resolutivbedingung das Eigentum, das trotz des Veräusserungsverbotes definitiv erworben war, wieder rescindiert, so heisst das doch, dass die Veräusserung nicht nichtig gewesen ist. Der Erwerber hat vielmehr rechtmässig das Eigentum erworben. Auf Grund dieses erworbenen Rechtes kann er daher auch Schadensersatzansprüche gegen seinen auctor geltend machen, da er durch den Rückfall des Eigentums an der Sache geschädigt wird. Dies gibt auch Sintenis zu, dennoch verkennt er dessen Bedeutung. Wie wäre es denn aber möglich, dass dieser Dritte aus einem an sich nichtigen Rechtsgeschäfte Ansprüche herleiten könnte? Er selbst hat das Eigentum gehabt; die Veräusserung als solche muss folglich giltig gewesen sein.

Wie aus dem Ausgeführten ersichtlich ist, muss man also das pactum de non alienando und die Resolutivbedingung als nebeneinander stehend ansehen. Das aber ist gerade der Fehler, dass jene oben genannten Rechtslehrer beides identificiert haben. Die Resolutivbedingung ist doch nun ein accessorium des Vertrages. Ihr allein hat das spätere römische Recht die dingliche Wirkung zuerkannt. Und so ist sie es auch nur, die in dem vielbestrittenen Falle ihre Kraft ausübt. Ihr müssen wir den Rückfall des Eigentums im Falle der Veräusserung zuschreiben, ihretwegen müssen wir dem ersten auctor die rei vindicatio geben.

[66]) Böcking S. 195.

In allen Fällen des pactum de non alienando wird jedoch die Resolutivbedingung mit ihrer dinglichen Wirkung nicht zulässig sein. Es scheiden nämlich die actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem aus (cf. 177 D. 50, 17).

Wir sehen also, dass man dem pactum de non alienando im allgemeinen die dingliche Wirkung versagen muss. Rein obligatorischer Natur, sofern es eben nur als vertragsmässiges Veräusserungsverbot in Betracht kommt, verpflichtet es im Falle der Veräusserung nur den Promittenten, demjenigen Schadensersatz zu leisten, der mit ihm das pactum abschloss und ein Interesse hatte an der Einhaltung der übernommenen Verpflichtung.

§ 11.

Singularität der l 7 § 2 D. 20, 5.

Gegenüber dem allgemeinen Grundsatze von der rein obligatorischen Kraft des pactum de non alienando steht nun einsam, aber unerschütterlich, eine Stelle der Pandekten — die l 7 § 2 D. 20, 5 — in der Marcian sagt: Quaeritur, si pactum sit a creditore ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid iuris sit, et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, ideoque venire possit; et certum est nullam esse venditionem, ut pactioni stetur. Der Vertrag des Pfandgläubigers mit seinem Schuldner, dass es diesem nicht erlaubt sein solle, die verpfändete Sache zu veräussern, soll also die Wirkung haben, dass die dem Verbote zuwider vorgenommene Veräusserung nichtig sei. Ein vertragsmässiges Veräusserungsverbot mit dinglicher Wirkung!

Schon in der Zeit der Glossatoren konnte man sich nicht beruhigen mit dem Gedanken, dass diese Stelle, die so ganz dem allgemeinen Grundsatze, wie er so deutlich in der l 61 D. 2, 14 ausgesprochen ist, widerspricht, dass dieser § 2 der lex citata richtig sein könne. Hier müsse ein Schreibfehler des Kopisten vorliegen. Und so fing man schon damals an, jene Worte den manigfaltigsten Konjekturen zu unterziehen, nicht allein wegen ihres inneren Widerspruchs mit der allgemeinen Regel, sondern auch deshalb, weil man in einigen anderen Manuskripten abweichende Lesarten fand. Man wollte den Wortlaut der Florentina als einen unsinnigen nicht annehmen. „Der vernünftige Sinn," so sagt z. B. Puchta, „und der Zusammenhang der Darstellung wie auch die ganze Ausdrucksweise lässt schliessen auf die Korruption dieser Lesart."[67]) So machte man sich nun daran, bald den Anfang, bald die letzten

[67]) Puchta S. 231.

Worte des Fragments abzuändern und neue Lesarten zu schaffen.

Eine der wichtigsten unter ihnen, die lange Zeit hindurch mit am meisten verfochten wurde, nämlich die Lesart: nullam esse pactionem, ut venditioni stetur, war schon von Accursius angemerkt worden. Sie wurde, so unwahrscheinlich sie auch ist, von Baldus und Donellus als die beste acceptiert, und auch in späterer Zeit fand sie noch viele Verteidiger, wiewohl ihr bereits Cujacius gründlich entgegengetreten war. Und mit Recht. Denn wie bereits oben ausgeführt worden ist, hat ein Pfandgläubiger wahrlich genug Interesse daran, dass die ihm verpfändete Sache von ihrem Eigentümer nicht veräussert werde. Zwar wendete man ein, und das tut sogar noch Puchta, die Pfandsache gehe ja bei ihrer Veräusserung cum sua causa auf den neuen Erwerber über; der creditor brauche also gar nicht in Sorge zu sein, dass ihm sein Recht geschmälert werde. Wenn auch der Schuldner die Sache auf einen anderen tradiere, so behalte er ja doch seine acto hypothecaria, mit der er von jedem Dritten das Pfandobjekt zurückerlangen könne. Sehr richtig; und doch, welche Schwierigkeiten bereitet nicht diese actio, wenn sie gegen einen Dritten angestrengt wird. Einreden und Einwendungen genug können gegen sie von dem gutgläubigen Erwerber erhoben werden, so dass es dem Gläubiger oft unendlich schwer gemacht wird, zu seinem vollen Rechte zu kommen. Wohl ist seine juristische Stellung zum Pfandobjekte dieselbe geblieben, er kann nach wie vor mit seiner dinglichen Klage die Sache von jedem Dritten vindicieren, aber oft muss er diesem gegenüber erst einen schwierigen Beweis seines Pfandrechtes führen, während ihm dies sonst erspart war. Er muss beweisen, dass die Sache Eigentum des Verpfänders gewesen sei. Und dringt er wirklich durch mit seiner Klage, so können ihn Retentionsrechte, die der Schuldner nicht hatte, schädigen. Auch das beneficium cedendarum actionum des Dritten kann ihm oft nur zweifelhaften Ersatz bringen. Muss endlich der Gläubiger nicht überhaupt in Sorge sein um die Erhaltung der Sache, wenn ein anderer als sein persönlicher Schuldner sein Eigentumsrecht über sie ausübt? Und das alles sollte nicht genügen, ein giltiges pactum de non alienando abzuschliessen? An inneren Gründen, die der Nichtigkeit des Vertrages widersprechen, fehlt es also wirklich nicht. Die erwähnte Aenderung ist um so weniger aufrecht zu erhalten, als auch die Basiliken ganz deutlich von der Verbindlichkeit des pactum, das der Pfandgläubiger mit seinem Schuldner abschliesst, sprechen, denn im 25. Buche 7 c. 7 heisst es: καλῶς ὁ δανειστὴς συμφωνεῖ μὴ ἐξεῖναι τῷ χρεώστῃ πωλεῖν τὸ ἐνέχυρον.

Doch musste man sich auch mit der Gültigkeit eines solchen Vertrags einverstanden erklären, so wollte man doch die nach der Lesart der Florentina ausgesprochene Wirkung desselben nicht anerkennen. Deshalb stellte man die Behauptung auf, mit jenem pactum solle gar nicht dem Schuldner, sondern dem Gläubiger die Veräusserung untersagt werden; aus Versehen nur sei es dem Abschreiber passiert, dass er debitori im Anfange statt debitoris geschrieben. — Wie schon die Stellung des § 2 besagt, so argumentiert noch Puchta, (der im übrigen aber noch eine weitere Aenderung am Schluss gelten lassen will), kann es sich nur um die Entziehung der dem Gläubiger zustehenden Distraktionsbefugnis handeln; denn da die vorhergehenden Worte der lex nur von der Erhaltung der Sache für den Schuldner sprechen, so können auch die Worte: Quaeritur . . . . . stetur, um nicht aus dem Zusammenhange mit dem principium und dem § 1 herauszufallen, nur vom Verkauf der Pfandsache durch den Gläubiger reden. So erklärte denn schon Faber, indem er besagte Konjektur vornahm, dass jene Stelle nur von dem Vertrage spreche, worin sich der Gläubiger seiner Veräusserungsbefugnis entschlage. Die Wirkung dieses Vertrages sei die, dass die dennoch vorgenommene Veräusserung als nichtig anzusehen sei: nullam esse venditionem. Wiewohl bereits Jakobus Gothofredus diese Ansicht widerlegt hat, haben sich doch noch in neuerer Zeit verschiedene Anhänger dieser Emendation gefunden. Bevor wir jedoch nachweisen, wie unhaltbar sie ist, wollen wir die zu demselben Ergebnis führende ähnliche Konjektur a Costas anführen. Dieser meint nämlich, der Kopist habe die Bezeichnungen für die beiden Kontrahenten in dem pactum verstellt; der Text habe zu lauten: Quaeritur si pactum sit a debitore, ne liceat creditori . . . Diese Emendation haben auch Kohler und Wendt als die allein richtige verteidigt. „So verändert", sagt u. a. Wendt,[68]) „gewinnt die Stelle ihr richtiges Ebenmass und völliges Verständnis; und auch die Entscheidung auf die Frage verliert alles Auffallende und Siguläre."

Als Entgegnung auf diese Ansichten muss eingewendet werden, dass gerade das Verkaufsrecht der wesentliche Bestandteil des Pfandrechtes ist, dem Pfandgläubiger daher nicht genommen werden kann, ohne überhaupt sein Recht in Frage zu stellen. Kohler hat zwar auf das pactum ne distrahatur hingewiesen und behauptet, dass hierdurch ein blosses Nutzpfand ohne Veräusserungsbefugnis geschaffen worden sei. Dieser Behauptung sind aber sofort Windscheid und Dernburg entgegengetreten. Sie

---

[68]) Wendt, Lehrbuch der Pandekten, S. 332.

wiesen darauf hin, dass das Verkaufsrecht dem Gläubiger auch hierdurch nicht genommen worden sei. Dies beweist auch die l 4 D. de pign. act. 13, 7.[69]) Wenngleich diese auch von den Gegnern zur Stütze ihrer Ansicht herangezogen wird, so geht doch deutlich aus ihr hervor, dass auch in diesem Falle der creditor den Verkauf der Pfandsache gültig vornehmen konnte, wenn er nur zuvor den Schuldner dreimal gemahnt hatte. Dem Gläubiger sollte also durch das pactum ne distrahatur nur die Veräusserungsbefugnis erschwert werden. Ein Vertrag, der die Distraktionsbefugnis wirklich ausschloss, war gar nicht möglich.

Die Gegner des Wortlauts der Florentina haben ferner geltend gemacht, dass „die Zwecke des Pfandrechtes auch ohne Veräusserung erreicht werden könnten".[70]) Mag sein. Allein, das berechtigt doch nicht dazu, das Distraktionsrecht dem Gläubiger zu nehmen. Das ist ja eben die Bedeutung des Pfandrechtes, dass der Gläubiger, um sich zu befriedigen, berechtigt sein soll, die Pfandsache zu verkaufen, wenn der Schuldner seine Leistung nicht bewirkt. Es hiesse also das Recht des Pfandgläubigers zum kraftlosen Gebilde machen, wollte man ihm die Veräusserung untersagen. So sagt denn auch das Corpus iuris an verschiedenen Stellen,[70]) dass es ein Pfandrecht ohne Veräusserungsbefugnis des Gläubigers nicht geben könne. Daher kann man auch dem vertragsmässigen Veräusserungsverbote zwischen dem Pfandgläubiger und Schuldner nicht die Wirkung geben, dass es die Veräusserung nichtig mache: nullam esse venditionem, ut pactioni stetur.

Aus dem Gesagten ergibt sich also, dass weder die Konjektur Fabers noch die von a Costa richtig sein kann.

Einen Ausweg aus dem Dilemma meinte endlich Puchta zu finden in der Verbindung der Emendation a Costas mit der Lesart einiger Handschriften nullam pactionem esse, so dass die l 7 § 2 hiesse: Quaeritur, si pactum sit a debitore, ne liceat creditori hypothecam vendere, quid iuris sit, et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, ideoque venire possit? Et certum est nullam esse pationem, ut venditioni stetur. Wie wir sehen, handelt es sich auch nach dieser Fassung in der lex citata um das Verbot, das dem Pfandgläubiger untersagen soll, die Hypothek oder das in

---

[69]) l 4 D. de pign. act. 13, 7: Si convenit de distrahendo pignore sive ab initio sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emptor dominium rei habere sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat, ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit.

[70]) l 42 D. de pign. act. 13, 7. l 5 § 3, l 7 § 1 D. de rebus. 27, 9. l 13 D. de distr. pign. 20, 5.

seinen Händen befindliche Faustpfand zu veräussern. Während aber Kohler und Wendt, dem Vorschlage a Costas folgend, einen solchen Vertrag (irrtümlicherweise) haben gelten lassen wollen und zwar mit dinglicher Wirkung, soll nach dieser Lesart Puchtas das pactum selbst schon nichtig sein. Mit dieser Gestaltung des Fragments glaubte er auch der Frage und Antwort Marcians eine mit der logischen Sprechweise vereinbare Form gegeben zu haben. Deshalb hat denn auch eine ganze Reihe von Rechtslehrern, unter denen Schmid, Bachofen und vor allem Böcking und aus neuester Zeit Wächter zu nennen sind, dieser Aenderung zugestimmt. So allein, meint der letztgenannte, bekommt die Frage, ob ein solches pactum nicht contra ius sei, mit ihrer bejahenden Antwort überhaupt erst einen Sinn, da ein derartiger Vertrag im direkten Widerspruch mit dem Wesen des Pfandrechts steht.

Allein die Gründe, welche die Verteidiger der Lesart Puchtas anführen, können doch nicht genügen, so zahlreich sie auch sind, den Wortlaut der Florentina als einen korrumpierten ansehen zu müssen. All die Bedenken, die man hat, ihn so zu nehmen, wie er ist, lassen sich sehr leicht zerstreuen.

Da soll zunächst die aufgeworfene Frage mit der gegebenen Antwort durchaus unvereinbar sein. Es ist ja richtig, dass die Worte „ob ein solches pactum nichtig sei, als gegen das Wesen des Rechts streitend" mit einer Erwiderung: gewiss, der Verkauf ist nichtig! als eine höchst unlogische Redeweise abgeurteilt werden muss. Aber soll man deshalb, wegen eines fehlenden Mittelgliedes in der Erwägung, das Resultat derselben verwerfen? Wollte man so die Pandekten lesen, so würde man wohl gar manche Stelle Papinians, der es liebt, recht kurz und gedrungen zu schreiben, als unwahrscheinlich und korrumpiert ansehen müssen. — Ebenso lässt sich auch nicht, wie Puchta es tut, daraus, dass Marcian im principium und im § 1 der lex 7 „von einem Nebenvertrage des Pfandverkaufs auf einen Vertrag, der schon bei Abschluss der Pfandkonvention zugefügt war, übergeht"[71]), auf die Korruption des § 2 schliessen. Denn „auf eine innere Gliederung der Darstellung legten die römischen Juristen wenig Gewicht."[71]) So kann man des öfteren leges finden, die nicht durchweg in ihren einzelnen Paragraphen von ein und demselben leitenden Gedanken beherrscht sind.

Aus demselben Grunde darf man auch darauf nicht Gewicht legen, dass die Worte Quaeritur ... unter dem Titel de distractione pignorum sich finden, der ja im allgemeinen nur vom Verkaufe der Pfandsache durch den Gläubiger redet. Man muss bedenken,

[71]) Dernburg, Pfandrecht, S. 24.

dass man es mit einem Kompilatorenwerk zu tun hat, das sich vielfach derartige Abweichungen vom Titel schuldig macht.

Wenn Puchta endlich darin eine Begründung für seine Ansicht zu finden meint, dass die Worte „hypothecam vendere vel pignus" von Marcian gebraucht werden, während doch die pignoris distractio nur Sache des Gläubigers ist, so muss ihm entgegengehalten werden, dass eben der Vertrag vom Standpunkte des Kreditors aus gefasst ist. Dieser bedingt sich den Nichtverkauf der Pfandsache aus. — Wir können also auch diesen Einwand nicht als genügenden Grund für die Annahme einer Korruption gelten lassen, wenn auch Puchta die Worte Marcians, wie sie in der Florentina stehen, für das „Gedankenloseste" hält, was ein römischer Jurist je geschrieben hat. Im Gegenteil, wollte man die Konjektur Puchtas annehmen, so spräche dann, wie Vangerow zeigt, jene Stelle einen unwahren Satz aus. Denn das pactum, durch das der Pfandgläubiger sich seinem Schuldner zur Nichtveräusserung verpflichtet, ist doch nicht gänzlich ungültig, wie wir bereits oben sahen, wenn es auch nicht die von Kohler und Wendt behauptete Wirkung hat.

Trotzdem hat es Böcking versucht, den Text, wie ihn Puchta geschaffen, zu verteidigen. Er meint nämlich, „nullum heisse nicht bloss das negotium, welches absolut gar keine, sondern oft auch das, welches, wie hier die pactio, die beabsichtigte Wirkung nicht hat."[72]) Das hiesse aber, einen Sinn aus dem Wörtchen nullum herauslesen, wie ihn ein römischer Iurist nie hineingelegt hat. Wir müssen also auch die Emendation Puchtas verwerfen, wenn auch Böcking in ihr die einzige Rettung des Fragments erblickt.

Als letzter Versuch, den Worten Marcians die Anomalie zu nehmen, ist endlich die Konjektur Mommsens zu erwähnen. Dieser will zwischen nullam und venditionem ein nec impediendam eingeschoben wissen.

Gegen diese, wie überhaupt gegen alle Veränderungen des Textes der Florentina, wenden sich nun aber Dernburg, Vangerow, Windscheid u. a. und weisen darauf hin, dass sie alle „durch keine innere Notwendigkeit motiviert" sind.[73]) In der Tat lässt sich, wie wir gesehen haben, aus den angegebenen Gründen der Gegner nicht schliessen auf die von ihnen behauptete Korruption. Alle ihre Konjekturen bleiben doch nur blosse Willkürlichkeiten, und was das Schwerwiegendste ist: sie alle stehen im Widerspruche mit den Basiliken, die mit der 17 § 2 übereinstimmen, ohne freilich die

[72]) Böcking, l. c. S. 194.
[73]) Dernburg, Pfandrecht, S. 24.

Wirkung des Vertrages hervorzuheben, indem sie sagen: καλῶς ὁ δανειστὴς συμφωνεῖ „μὴ ἐξεῖναι τῷ χρεώστῃ πωλεῖν τὸ ἐνέχυρον.

Kohler sucht indes auch dieses wichtigste Kriterium für die Echtheit des Textes in der Florentina dadurch in Frage zu stellen, dass er auch in der griechischen Quelle einen Kopistenfehler annimmt. Dann wäre es aber zum mindesten höchst seltsam, dass dort der Fehler dasselbe Resultat verursachte. Auch die Vermutung, das Versehen stamme aus älteren Handschriften, kann nicht entscheidend sein. Denn „was bürgt uns dann dafür, dass er, wenn wirklich vorhanden, nicht älter ist als die Kompilation Justinians und dass nicht die Kompilatoren den Satz, wie er uns vorliegt, mit dem Bewusstsein seiner Besonderheit aufnahmen? Können nicht die Kompilatoren selbst den Fehler d. h. die Abweichung von den regelmässigen Grundsätzen verbrochen und eine Singularität eingeführt haben?" (Dernburg, Pandekten I. S. 18 Anm. 8.)

Einen Versuch, dem Fragment ohne Aenderung seines Textes die Singularität zu nehmen, hat zwar Pagenstecher gemacht, indem er aus ihm einen Vertrag herausdeutete, wonach „der Gläubiger mit seinem Schuldner übereinkäme, dass es diesem nicht freistehen sollte, Distraktion eines Pfandes durch einen Dritten, den Schuldner jenes Schuldners, dem letzteren bestellt, vorzunehmen."[74]) Allein auch dieser Ansicht können wir nicht beistimmen. Denn eine derartige „gekünstelte Ausdrucksweise"[75]) ist den römischen Juristen fremd. Ueberdies müsste gerade dann, wie Dernburg nachgewiesen hat, der Vertrag nichtig sein, da man hierin keine Cession der Pfandansprüche erblicken, der Obergläubiger also auch kein Interesse an der Einhaltung des Vertrages haben kann.

So müssen wir also alle willkürlichen Aenderungen wie alles künstliche Hineindeuten in die Worte Marcians als unbegründet zurückweisen und den in der 17 § 2 ausgesprochenen Rechtssatz, so seltsam er auch ist, anerkennen. Der Vertrag des Pfandgläubigers mit dem Schuldner, dass dieser das Pfandobjekt nicht veräussern solle, hat dingliche Wirkung, der dem pactum zuwider vorgenommene Verkauf ist nichtig; infolgedessen ist auch der Dritte nicht Eigentümer geworden, sondern das Eigentum ist nach wie vor das des Schuldners. — Es ist noch von verschiedenen Rechtslehrern, unter anderen von Glück, Lauk, Sintenis und Vangerow, behauptet worden, dass das dingliche Recht des Pfand-

---

74) Pagenstecher, l. c. S. 62.
75) Vangerow, Pandekten S. 550.

gläubigers an der Sache durch den Vertrag erweitert sei und dass deshalb der creditor nicht nur gegen seinen Kontrahenten, sondern gegen jeden dritten Besitzer auftreten könne, wie er auch im Falle eines Konkurses des Dritten als Separatist die Sache aus der Konkursmasse vorwegnehmen könne. Allein dem muss widersprochen werden. Der Gläubiger hat auch jetzt nicht mehr Rechte, als er ohne das pactum hätte. Ihm steht nur die actio hypothecaria zu Gebote. Der Schuldner allein kann die Sache vindicieren.

Die ganze Bedeutung des Vertrages liegt darin, dass „die Drohung der Nichtigkeit des Verkaufs den Schuldner verhindern muss, die Sache auszubieten, die Kaufliebhaber aber abschrecken und so dem Pfandgläubiger indirekt nützen muss.“[76])

b. Pactum de non cedendo.

§ 12.

Bedeutung des pactum de non cedendo.

I. Zu den rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverboten müssen wir, wie wir bereits im allgemeinen Teile dieser Abhandlung gesehen haben, auch diejenigen vertragsmässigen Verbote rechnen, welche die Abtretung[77]) einer Forderung zum Gegenstand haben. Im römischen Rechte freilich war das Verbot der Cession einer Forderung etwas Unbekanntes wegen der Unmöglichkeit dessen, was es verbieten sollte. Noch zur Zeit Justinians war das Prinzip der Unübertragbarkeit der persönlichen Rechte das herrschende. Erst im gemeinen Rechte, als die Cessibilität derselben allgemein anerkannt worden war, konnte man der dem Inhalte des veräusserlichen Rechtes entspringenden Veräusserungsbefugnis die Einschränkung entgegensetzen, erst jetzt konnte dem Gläubiger die Abtretung seiner Forderung verboten werden.

---

[76]) Dernburg, Pfandrecht, S. 23.

[77]) Das vertragsmässige Verbot einer sonstigen Veräusserung, vor allem der Aufgabe der Forderung, bedarf keiner besonderen Betrachtung. Denn wenn es zwischen dem Gläubiger und einem Dritten abgeschlossen wird, dann gilt dasselbe, als wenn der creditor diesem Dritten die Nichtabtretung verspricht. Andererseits wird der Schuldner wohl niemals seinem Gläubiger die Verpflichtung auferlegen, die Forderung gegen ihn nicht aufzugeben. Denn es kann ja nur in seinem Interesse liegen, wenn ihm jener die Schuld erlässt. Sollte es aber doch einen so eigensinnigen Schuldner geben, der dem Gläubiger das Aufgeben seiner Forderung verbietet und von ihm verlangt, dass er das vinculum iuris, das ihn an jenen fesselt, nicht zerreisse, so könnte dieses Verlangen überhaupt keine rechtliche Bedeutung haben. Dies wäre ja nichts anderes als eine Starrköpfigkeit. Eine solche kann aber von der Rechtsordnung nicht beachtet werden.

Unter den durch Vertrag begründeten Cessionsverboten müssen wir nun aber zwei Fälle unterscheiden. Entweder kann der Gläubiger einem Dritten, z. B. seinem Gläubiger, versprechen, die ihm gegen seinen Schuldner zustehende Forderung nicht auf einen anderen zu übertragen, oder er kann sich seinem Schuldner selbst zur Nichtübertragung verpflichten. Für einen Vertrag der erstgenannten Art, an dem der Schuldner gänzlich unbeteiligt ist, kann nichts anderes gelten als für das pactum de non alienando. Denn dem Dritten gegenüber hat das persönliche Recht des Gläubigers dieselbe Bedeutung wie seine dinglichen Rechte; es ist gleich diesen einer seiner veräusserlichen Vermögensbestandteile. Die Vereinbarung des Gläubigers mit dem Dritten ist deshalb wie die dem Eigentümer einer Sache durch Vertrag auferlegte Verfügungsbeschränkung von obligatorischer Wirkung. Die trotz des Vertrages vorgenommene Cession ist gültig. „Selbst gegenüber einem bösgläubigen Cessionar kann sich der Dritte nicht auf die verabredete Verfügungsbeschränkung berufen[78]); er kann höchstens vom Cedenten Schadensersatz beanspruchen wegen Verletzung des Vertrages.

Hat sich jedoch der Gläubiger seinem Schuldner gegenüber verpflichtet, die ihm zustehende Forderung nicht abzutreten, so ist dies ein Vertrag ganz besonderer Art. Hier kommt nicht nur die Berechtigung des Gläubigers bezw. die durch den Vertrag ihm auferlegte Verfügungsbeschränkung, sondern zugleich und zwar, im Gegensatz zu dem oben genannten Falle, unmittelbar auch die Verpflichtung des Schuldners seinem Gläubiger gegenüber in Betracht. Während der letztere verspricht, seine Forderung nie abtreten zu wollen, erklärt der Schuldner seinerseits, nur seines ursprünglichen Gläubigers Schuldner sein zu wollen, jedem Cessionar aber die Leistung zu verweigern. Dieses vertragsmässige Cessionsverbot, pactum de non cedendo genannt, ist es, das uns im Folgenden beschäftigen soll.

II. Ausser den im engeren Privatverkehr vorkommenden pacta de non cedendo waren solche Vereinbarungen üblich bei Versicherungsverträgen. So bestimmten viele Versicherungsgesellschaften in ihren Statuten, dass die Forderungen der Mitglieder aus dem Vertrage nicht oder doch nicht an andere als Versicherungsnehmer übertragbar seien. In ähnlicher Weise waren die Aktionäre vieler Aktiengesellschaften in der Uebertragung ihrer Forderungen beschränkt.

Für unübertragbar erklärte ferner die Reichsbank die definitiven, auf den Namen lautenden Depotscheine und gab sich die

[78]) Haidlen, Kommentar z. B.G.B. (§ 137).

Berechtigung, das Depositum bei trotzdem erfolgter Cession oder gerichtlicher Beschlagnahme der Papiere auf Gefahr und Kosten des Deponenten bei Gericht niederzulegen. Auch die Cession der formellen Empfangsbescheinigung war verboten.[79]) Endlich schlossen auch die Bestimmungen der Eisenbahngesellschaften die Uebertragbarkeit der Rückfahrt- und Rundreisekarten aus, sobald die Reise angetreten worden ist.

III. Bevor wir die Frage nach der Wirksamkeit des vertragsmässigen Cessionsverbotes beantworten, wollen wir kurz den Grund seiner Verbindlichkeit betrachten.

Wie bereits oben ausgeführt worden ist, gründet sich die Verbindlichkeit eines jeden Vertrages auf das Interesse des Promissars an der Einhaltung desselben seitens des Promittenten. So wird also auch dem pactum de non cecendo die Giltigkeit nicht versagt werden können, sobald sich ein Interesse des Schuldners, und sei es auch nur ein Affektionsinteresse, an der Erfüllung dieses pactum d. i. an der Nichtübertragung der Forderung erkennen lässt. Dies kann nicht schwer fallen. Denn wenn auch der Cessionar nicht mehr und nichts anderes verlangen kann als der ursprüngliche Gläubiger, wenn auch der Schuldner ihm gegenüber die Einreden behält, die er gegen den Cedenten hatte, so kann die Cession doch mancherlei Eventualitäten mit sich bringen, durch welche die Lage des Schuldners verschlechtert wird. Es wird daher diesem sehr viel daran gelegen sein können, dass die Forderung gegen ihn mit der Person seines ursprünglichen Gläubigers verbunden bleibt. In den meisten Fällen wird es selbst an pekuniären Interessen des Schuldners nicht fehlen. Die grössten Vermögensnachteile können ihm oft infolge einer Cession der Forderung erwachsen.

Während der ursprüngliche Gläubiger die Vermögenslage und Stellung seines Schuldners schont, seine Ansprüche stets in milder Weise geltend macht, wird ein anderer Gläubiger vielleicht keine Rücksicht, keine Schonung kennen. Mit all der Macht, die ihm das Recht nur verstattet, wird er gegen den debitor cessus vorgehen, möglicherweise zu einer Zeit, da dieser gerade, im Vertrauen auf seines ursprünglichen, mutmasslichen Gläubigers Rücksichtnahme, sich am wenigsten zur Zahlung bereit hält. Wohl wird auch der Cessionar die etwaigen günstigen Zahlungsbedingungen, die bei der Begründung der Obligation vereinbart worden sind, gelten lassen müssen, nicht zu unrechtmässiger Zeit sein Forderungsrecht ausüben dürfen; dennoch behält er Raum und Ge-

---

[79]) Reinecke: Steht das zwischen Gl. u. Schuldner... Inaug.-Diss. S. 7.

legenheit genug für seine Willkür, so dass die Lage des Schuldners erheblich verschlechtert werden kann. Wie schwer wird dieser nun erst geschädigt werden, wenn sich der Cessionar gar als arger Wucherer entpuppt! — „Durch die Cession wird ferner die Situation des Schuldners insofern der Gefahr einer Verschlechterung ausgesetzt, als der Schuldner die Legitimation des Cessionars zu prüfen genötigt ist. Zahlt er auf Grund einer unechten Cessionsurkunde, so wird er doch durch die bona fide geleistete Zahlung nicht befreit." (Brunner in Endemanns Handb. d. d. Handelsr. Bd. 2 S. 179.)

Kann der Schuldner schon genug pekuniäre Interessen an der Nichtübertragung der Forderung haben, so kann das Affektionsinteresse an derselben noch grösser sein. Er, ein angesehener, geachteter Mann, ist vielleicht gezwungen gewesen, sich ein Darlehn geben oder den Preis für Warensendungen stunden zu lassen. Durch die Cession der Forderung würden seine Vermögensverhältnisse auch Dritten bekannt werden, und wie schwer könnte dies sein Ansehen, seinen Credit gefährden! So liessen sich noch mancherlei Nachteile aufzählen, deretwegen der Schuldner das grösste Interesse daran haben kann, dass die Forderung mit der Person seines ursprünglichen Gläubigers verbunden bleibt. Infolge dieses Interesses kann einem pactum de non cedendo die Verbindlichkeit nicht fehlen.

§ 13.

Die Wirkung des pactum de non cedendo.

Ueber die Wirkung des pactum de non cedendo sind die Ansichten der Rechtslehrer in zwei Lager geteilt. Nach der einen soll dem Vertrage eine dingliche, nach der anderen nur eine obligatorische Kraft zukommen.

Ausgehend von der allgemeinen Regel über die Wirkung eines pactum müssen wir sagen: Da das Wesen eines jeden Vertrages darin besteht, dass durch das Versprechen des einen Kontrahenten, dem andern eine Leistung zu bewirken, eine persönliche Verbindlichkeit, ein obligatorisches Gebundensein zwischen dem Promittenten und dem Promissar, begründet wird, vermöge dessen der letztere berechtigt ist, von dem ersteren ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, während dieser zu der Leistung verpflichtet ist, so muss auch in dem pactum de non cedendo die Begründung eines Schuldverhältnisses erblickt werden. Der bisherige Gläubiger wird in einer Hinsicht zum Schuldner, während der Schuldner dementsprechend zum Gläubiger wird. Jener wird verpflichtet, seine

Forderung nicht zu cedieren, dieser wird berechtigt, das Unterlassen der Cession zu fordern und nur an seinen Kontrahenten zahlen zu müssen. Es fragt sich nun aber, ob diese obligatorische Gebundenheit zwischen Gläubiger und Schuldner die einzige Wirkung des pactum de non cedendo ist oder ob dieses über die normale Kraft der Verträge hinausgehend, die Forderung selbst afficiert, ihr die Cessibilität nimmt und infolge dessen auch gegen Dritte seine Wirkung ausübt. Im ersten Falle würde die dem Verbote zuwider vorgenommene Cession gültig sein und dem Schuldner nur ein Anspruch auf Ersatz des ihm entstandenen Schadens gegen den Cedenten zustehen; im anderen Falle aber wäre die Cession ungültig, der Schuldner könnte dem Cessionar das pactum de non cedendo entgegensetzen, ihm die Leistung verweigern.

Bei der Beantwortung der Frage, ob das vertragsmässige Cesionsverbot gleich dem pactum de non alienando nur eine obligatorische oder ob es eine dingliche Wirkung hat, können wir uns nicht auf positive Vorschriften stützen. Denn da die Singularsuccession in Forderungen dem römischen Rechte unbekannt war, und somit auch die Existenz eines pactum de non cedendo ausgeschlossen sein musste, fehlt es gänzlich an Quellenstellen. Auch das gemeine Recht traf keine gesetzliche Entscheidung. Ebensowenig wurde die Frage nach der Wirksamkeit des vertragsmässigen Cessionsverbotes in der Doktrin erörtert. Erst nachdem sie in einem Erkenntnis des O.A.G. zu Lübeck v. 29. Nov. 1834 behandelt war, wurde sie Gegenstand wissenschaftlicher Erörterung. Da es, wie gesagt, an positiven Vorschriften fehlte, suchten die einzelnen Schriftsteller die Frage unter Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze und durch analoge Uebertragung anderer Rechtssätze zu lösen.[80])

Die bei weitem grössere Zahl der Rechtslehrer, zu denen auch Windscheid, Dernburg und Brunner gehören, entschied sich für die volle Wirksamkeit des pactum de non cecendo, d. h. für Nichtigkeit jeder dem Vertrage zuwider vorgenommenen Cession. Als den wichtigsten Grund zur Annahme dieser Theorie führte man an, dass der Wille der Parteien, die lex contractus, das allein Massgebende für den Inhalt und Umfang der durch Vertrag begründeten Schuldverhältnisse sei;[81]) er bringe die Obligation nicht nur

---

[80]) Schlesinger, Die Wirksamkeit des p. d. n. c. Inaug.-Diss. Erlangen 1892, S. 5.

[81]) l 23 D. de dio. reg. iur. 50, 17: nam hoc servabitur quod initio convenit, legem enim contractus dedit. l 27 eodem: quamois obligationum causae pactione possint immutari. l 1 § 6 D. dep. 16, 3: contractus enim legem ex conventione accipiunt.

zum Entstehen, sondern gebe auch dem inneren Wesen der Forderung seine besondere Gestaltung. Von dem Willen der Kontrahenten müsse es folglich auch abhängen, ob die Forderung als eine veräusserliche oder als eine unveräusserliche geschaffen wird. Durch das pactum de non cedendo, in dem sich der Wille der Kontrahenten kundgibt, werde daher der Inhalt der Forderung dahin bestimmt, dass sie als eine unübertragbare gelten, dass sie nur vom kontrahierenden Gläubiger geltend gemacht werden solle.[82]) „Es ist daher gar nicht zutreffend", meint Windscheid,[83]) „hier von einem Veräusserungsverbot zu reden. Es wird nicht zuerst die Forderung als eine an und für sich veräusserliche geschaffen und dann eine neue, selbständige Bestimmung getroffen, welche ihr diese Eigenschaft nehmen sollte, sondern es wird von vornherein der Macht des Gläubigers die Grenze gesetzt, dass nur er von dem Schuldner die Leistung soll fordern dürfen." — Aber nicht nur von vornherein könne die Forderung durch die Vereinbarung des Gläubigers mit dem Schuldner als eine unveräusserliche begründet werden, auch nachträglich könne durch den Willen der Parteien der Inhalt des Schuldverhältnisses geändert, die ursprünglich veräusserliche Forderung zu einer unübertragbaren gemacht werden. „Denn wie der Wille der Kontrahenten bei der Begründung der Forderung das Massgebende sei, so seien die Parteien nach dem Prinzip der Vertragsfreiheit imstande, auch später in betreff des Inhalts und der Gestaltung der Forderung diejenigen Modifikationen vorzunehmen, die sie schon bei der Begründung hätten hinzufügen können."[84])

Infolge des pactum de non cedendo werde also die Forderung aufs engste mit der Person des Gläubigers verbunden. Die Folge davon sei, dass ein Loslösung von ihm ohne Aenderung ihrer Substanz nicht möglich sei. Denn „eine Leistung, welche vertragsmässig nur der Gläubiger fordern könne, werde prinzipiell zu einer anderen, wenn sie ein anderer fordert."[85]) Von dem Schuldner könne aber nur das verlangt werden, wozu er sich im Vertrage verpflichtet habe; eine andere Leistung als die, welche der Vertrag be-

---

[82]) „Wenn die Parteien im Prinzip über Inhalt und Bedeutung des zu schaffenden Rechts freie Disposition haben, so können sie ihm auch als inhaltliche Beschränkung die Verknüpfung mit der Person des ursprünglichen Berechtigten einfügen." (Oertmann, Kommentar z. B.G.B., Bemerkung zu § 399, S. 123.)

[83]) Windscheid, Pandekten, § 335.

[84]) Brütt, Das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot, Berliner Inaug.-Diss. S. 35.

[85]) Reinecke, l. c. S. 21.

stimmt, könne nicht gefordert werden.[86]) Deshalb müsse die dem vertragsmässigen Cessionsverbote widersprechende Cession nichtig sein. Der Schuldner werde also dem Cessionar das pactum de non cedendo entgegenhalten, ihm die Leistung verweigern können.

Dieser Beweisführung gegenüber lassen sich sowohl theoretische wie auch praktische Gründe anführen, deretwegen die dingliche Wirkung des vertragsmässigen Cessionsverbotes geleugnet werden muss.

Zunächst sei darauf hingewiesen, dass der Privatwille nicht die Kraft haben kann, eine Forderung als unveräusserliche zu begründen oder ihr nachträglich die Uebertragbarkeit zu nehmen. Die Cessibilität der persönlichen Rechte ist zum positiven Rechtssatze geworden; diesem entgegen vermag die Privatautonomie nicht, die Uebertragbarkeit einer Forderung mit Wirkung gegen Dritte auszuschliessen. Wohl bestimmt der Parteiwille bei Begründung des Schuldverhältnisses oder später den Umfang desselben, wohl grenzt er die wechselseitigen Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner, die Berechtigung des einen dem anderen und die Verpflichtung des anderen jenem gegenüber ab, darüber hinaus aber kann er das innere Wesen des persönlichen Rechts nicht nach Belieben umgestalten. Nur die Rechtsordnung, welche demselben die Cessionsfähigkeit gegeben hat, könnte sie ihm auch wieder entziehen, nicht aber der Vertrag des Schuldners mit seinem Gläubiger. „Der Inhalt der Rechte ist durch Rechtsbestimmung gegeben und der Bestimmung durch Rechtsgeschäft nur insoweit zugänglich, als diese durch Rechtsbestimmung zugelassen ist. Verbindet sich daher kraft Rechtsbestimmung mit dem übrigen Inhalte eines Rechts die Möglichkeit der Verfügung über dasselbe, so kann diese nur insoweit durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen werden, als das Gesetz die Möglichkeit dieser Ausschliessung bestimmt."[86]) Da es jedoch im gemeinen Recht an einer gesetzlichen Bestimmung fehlt, welche dem pactum de non cedendo die volle Wirksamkeit verleiht, so kann die trotz desselben vorgenommene Cession nicht nichtig sein.

Das vertragsmässige Cessionsverbot betrifft aber in Wirklichkeit auch gar nicht die Abtretbarkeit der Forderung, ihren Inhalt, sondern vielmehr nur die demselben entspringende potestas alienandi des an sich zur Veräusserung berechtigten Gläubigers; sie allein ist es, die durch das pactum de non cedendo genommen werden soll. Wenn aber dem Gläubiger nur die Befugnis zur Abtretung seines Rechtes entzogen wird, so wird dadurch dieses selbst in seiner sub-

[86]) Hölder, Kommentar z. B.G.B. (§ 137).

stantiellen Integrität nicht verletzt. Eine an sich veräusserliche d. h. von der Rechtsordnung als cedierbar anerkannte Forderung bleibt somit veräusserlich, wenn auch die ihr entspringende Befugnis in Fesseln geschlagen wird. Wenn aber die Abtretbarkeit der Forderung durch das vertragsmässige (Veräusserungs-) Cessionsverbot nicht aufgehoben werden kann, so liegt auch kein Grund vor, dem pactum de non cedendo dingliche Wirkung zuzuschreiben. Gleich dem pactum de non alienando wird es vielmehr nur obligatorisch unter den Parteien wirken.

Es entspricht dies auch dem allgemeinen Verkehrsinteresse. Würde nämlich das vertragsmässige Cessionsverbot zur Nichtigkeit der trotzdem vorgenommenen Cession führen, so würde dadurch der Erwerber der Forderung schwer geschädigt werden. Denn er würde dieselbe, wenn er sie auch in Unkenntnis des Verbots abgetreten erhalten hat, dem debitor cessus gegenüber nicht geltend machen, sein in gutem Glauben erworbenes Recht also nicht geniessen können. Das Vertrauen auf die ungehinderte Abtretbarkeit jeder an sich übertragbaren Forderung wäre dann arg erschüttert. Eine allgemeine Rechtsunsicherheit würde entstehen. Stets müsste der Cessionar in Besorgnis sein, dass der Forderung, die er übernimmt, durch ein pactum de non cedendo die Möglichkeit ihres Erwerbes entzogen ist. Der freie und sichere Umlauf der als veräusserlich geltenden Rechte wäre aber dann zur Fabel geworden. Deshalb konnte das gemeine Recht, das soeben erst die Abtretbarkeit der persönlichen Rechte anerkannt hatte, das pactum de non cedendo nicht mit dinglicher Wirkung ausstatten.

Das praktische Bedürfnis erforderte dies um so mehr, weil das Cessionsverbot zugleich auch ein Verpfändungsverbot enthält, mit der Abtretbarkeit der Forderung also auch deren Pfändbarkeit ausgeschlossen gewesen wäre. Hätte nun aber der Privatwille die Kraft gehabt, Forderungen zu „unveräusserlichen Vermögensbestandteilen" zu machen, so wäre damit dem Schuldner ein treffliches, leichtes Mittel gegeben, die ihm zustehenden Forderungen den Zugriffen seiner Gläubiger vollständig zu entziehen. „Nichts wäre aber bedenklicher gewesen, als dem Schuldner das Bestreben, sein Vermögen vor den Angriffen der Gläubiger zu sichern, zu erleichtern. Von der actio Pauliana wäre gegen die gedachte Gefahr kein genügender Schutz zu erwarten gewesen" (Mugdan, die gesammelten Materialien zum B.G.B. Bd. II S. 67). So sprechen verschiedene Gründe dafür, dass das pactum de non cedendo gleich dem pactum de non alienando nur von obligatorischer Wirkung sein kann. Ueber die Kontrahenten hinaus kann es keine Kraft ausüben; der ausserhalb des durch das pactum begründeten

Schuldverhältnisses stehende Dritte kann durch das Verbot nicht betroffen werden. Dies würde aber der Fall sein, wenn dasselbe imstande wäre, der Forderung die Abtretbarkeit zu nehmen und so die Nichtigkeit der Cession herbeizuführen.

Es ist hiergegen eingewendet worden, man verkenne mit dieser Theorie der unabänderlichen Cessionsfähigkeit einer cedierbaren Forderung den grossen Unterschied zwischen dinglichen Rechten und Forderungen. Demgegenüber müssen wir betonen, dass wir den hohen Grad von Verschiedenheit zwischen beiden keineswegs leugnen; wir behaupten nur, dass die persönlichen Rechte eine Eigentümlichkeit mit den dinglichen Rechten gemein haben, die Veräusserlichkeit,[87]) und dass ihnen diese, nachdem sie ihnen von der Rechtsordnung gegeben ist, nicht durch den Privatwillen entzogen werden kann. Mit dieser Theorie machen wir doch das persönliche Recht noch nicht zum Sachenrechte. Ebensowenig kann man uns deshalb, weil wir behaupten, dass die vertragsmässige Beschränkung der der Veräusserungsfähigkeit beider Rechte entspringenden potestas alienandae gleiche Wirkung habe, den Vorwurf machen, dass wir die dinglichen Rechte den persönlichen gleichstellen. Es kann uns also nichts hindern, die „Grundsätze, welche das römische Recht für das Veräusserungsverbot von Sachen ausgebildet hat, in analoger Weise auf das Verbot der Cession von Forderungen anzuwenden."[88]) Cediert der creditor trotz dieses Verbotes die Forderung, so ist die Cession nicht nichtig; das persönliche Recht geht also auf den Cessionar über; er tritt als neuer Gläubiger in das Schuldverhältnis ein und kann kraft desselben die Leistung vom Schuldner verlangen. Letzterer kann sich ihm gegenüber nicht auf das pactum de non cedendo berufen, sondern muss ihm das dem Cedenten Versprochene leisten. Wie aber beim pactum de non alienando der geschädigte Interessent Schadensersatzansprüche gegen den Veräuserer geltend machen kann, so hat auch der debitor cessus das Recht, sein Interesse wegen der Verletzung des Vertrages klageweise geltend zu machen, für den durch die Cession erlittenen Schaden Ersatz zu fordern. So kann also auch die Verschlechterung seiner Lage infolge der Abtretung der Forderung kein Grund sein, über die obligatorische Kraft des pactum de non cedendo hinauszugehen und die Uebertragbarkeit der Forderung zu verneinen. Für jeden Nachteil, der den debitor cessus trifft, wird der Cedent schadensersatzpflichtig sein.

[87]) Der Tradition auf sachenrechtlichem Gebiete entspricht denn auch durchaus die Cession im Gebiete des Obligationenrechts; die Funktionen beider sind die gleichen, nämlich die Uebertragung von Vermögensrechten. (Schlesinger, Wirksamkeit d. p. d. n. c.)

[88]) Schlesinger, l. c. S. 17.

§ 14.

2. Testamentarisches Veräusserungsverbot im gemeinen Recht.

Die zweite Möglichkeit eines rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbotes (im gemeinen Rechte) ist das durch letztwillige Anordnung (Verfügung) begründete Verbot der Veräusserung. Auch hier muss, wie beim pactum de non alienando, der Grundsatz gelten, dass „der Privatwille an sich nicht die Kraft haben kann, einer Sache den Stempel der Unveräusserlichkeit aufzudrücken und dieselbe damit dem Verkehr tatsächlich ganz zu entziehen."[89]) Aus eben diesem Grunde soll es auch „der Willkür des Erblassers nicht anheimgegeben werden, seinen Nachlass oder Teile desselben von dem wirtschaftlichen Verkehr"[89]) auszuschliessen. Deshalb ging das ältere römische Recht so weit, dass es dem testamentarischen Veräusserungsverbote jede Wirkung absprach. Später wurde dies dahin modifiziert, dass nur dann Nichtigkeit des Verbotes eintreten solle, wenn es in niemandes rechtlichem Interesse gegeben sei. Wenn es aber zum Vorteil einer bestimmten Person ergangen war, so sollte dies als Vermächtnis angesehen und nach dessen Grundsätzen behandelt werden. Ebenso wurde das letztwillige Veräusserungsverbot auch dann für verbindlich erklärt, wenn es sich auf die Nichtveräusserung einer dem Erben gehörigen Sache, an welcher ein Dritter interessiert war, bezog.

§ 15.

Nundum praeceptum.

Die Unverbindlichkeit des testamentarischen Veräusserungsverbotes muss stets dann angenommen werden, wenn es an dem Interesse eines Dritten an der Einhaltung des Verbotes fehlt. Dies ist aber immer dann der Fall, wenn das Verbot ganz allgemein gegeben ist, ohne ein Subjekt zu benennen[90]), zu dessen besonderem Vorteil der Testator die Veräusserung untersagt hat. Hier ist nur ein blosser Befehl, ein nudum praeceptum gegeben, das rechtlich nicht beachtet wird. So spricht sich die l 114 § 14 D. de legatis I aus: Divi Servus et Antoninus rescripserunt eos, qui testamento vetant quid alienari, nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint, nisi invenitur persona, cuius respectu hoc a testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam, quasi nudum praeceptum reliquerint. In

---

[89]) Randa S. 209.
[90]) Lauk S. 11.

gleicher Weise bezeichnen auch l 38 § 4, l 93 pr. D. de legatis III ein derartiges Verbot als nudum praeceptum, d. h. als ungültig und unverbindlich, weil es auch in den dort angeführten Beispielen ohne Rücksicht auf eine Person ausgesprochen ist, für welche die Nichtveräusserung von Interesse sein könnte.

Demgegenüber will Brinz den allgemeinen Grundsatz von der Nichtigkeit des Verbotes nicht so weit gefasst wissen und nicht nur dann die Wirksamkeit desselben anerkennen, wenn es mit Rücksicht auf eine gewisse Person angeordnet ist, sondern für die Gültigkeit desselben genügen lassen, wenn der Zweck des Verbotes angeführt ist. „Letztwillig mag man", sagt er, „dem Veräusserungsverbot Wirksamkeit verschaffen nicht bloss dadurch, dass man es mit Rücksicht auf eine gewisse Person anordnet, sondern entweder durch ebengenannte Bedachtnahme auf dritte Personen oder durch Beifügung der causa, um deretwillen das Verbot Platz greift."[91]) Dies hebe dasselbe nicht weniger als ein Vermächtnis über das nudum praeceptum empor; die causa allein müsse ausreichen, ohne dass es der positiven Bestimmung eines interessierten Dritten bedürfe. Mit Hinweis auf die Worte der l 114 § 14 (D. I) vetant . . . nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint argumentiert Brinz: Da es als nudum praeceptum gelten soll, wenn der Testator die causa seines Veräusserungsverbots nicht nennt, so muss umgekehrt gefolgert werden, dass „durch Beifügung derselben, um deretwillen das Verbot Platz greift," ein gültiges Verbot entstehe. „Der Zweck (die causa futura ob quam), den der Erblasser mit der Sache anstrebt und der durch das Veräusserungsverbot gesichert werden soll," könne nicht wie ein blosses Motiv oder ein allgemeiner Grund behandelt werden, er gehe vielmehr über das Interesse eines einzelnen noch hinaus und müsse deshalb, wenn er triftig genug ist, als massgebender Wille (auctoritas scribentis) von der Obrigkeit wahrgenommen und seinem Vollzug entgegengeführt werden."[91]) Brinz sucht sich bei dieser seiner Meinung auch auf Windscheids Autorität zu stützen, indem er meint, auch dieser verlange für die Gültigkeit eines letztwilligen Veräusserungsverbotes nicht „die Rücksicht auf eine bestimmte Person," sondern lasse es genügen, wenn die Verfügung „mit Rücksicht darauf getroffen ist, dass die betreffende Sache später an einen anderen fallen soll".[92]) — Sollte dies aber wirklich nur die „causa" sein und nicht vielmehr gerade die persona cuius respectu dispositum est? Warum sollte dieser „andere" nicht gerade die Person sein, in deren Interesse das Verbot ergangen ist? Ueberdies lässt sich die Ansicht Brinz' auch quellen-

[91]) Brinz, Pandekten, § 134, S. 488.
[92]) Windscheid, Pandekten, § 172.

mässig gar nicht belegen. Im Gegenteil, der Zweck allein wird stets als ungenügend bezeichnet. So sagt z. B. die l 93 pr. D. de legatis III[93]) ganz deutlich, wiewohl dort dem Verbot die Angabe des Zweckes beigefügt ist, dasselbe bleibe ein mudum praeceptum.

Aber auch was die Folgerung Brinz' aus der l 114 § 14 D. I anbetrifft, so lässt sich deren Bedenklichkeit, ja geradezu Unhaltbarkeit mit Leichtigkeit nachweisen, da Brinz bei seinem argumentum a contrario nur einen Teil des Fragments berücksichtigt hat. Es ist nämlich bei seiner Deduktion von ihm ganz übersehen worden, dass Severus und Antoninus die Ungültigkeit des letztwilligen Veräusserungsverbotes im gegebenen Falle nicht nur von der causa non expressa abhängig gemacht haben, sondern auch von dem Umstande, quia non invenitur persona, cuius respectu hoc a testatore dispositum est. Also auch und zwar gerade deshalb, weil niemand sich finden lässt, in dessen Interesse das Verbot gegeben wäre, soll diese letztwillige Anordnung als nudum praeceptum gelten. Aus der lex 114 § 14 liesse sich somit wohl durch ein argumentum a contrario schliessen auf die rechtliche Verbindlichkeit der letztwilligen Verfügung bei Vorhandensein einer causa expressa und einer persona cuius respectu . ., nicht aber bei Angabe des Zweckes allein. In der Tat finden wir denn auch, obwohl Brinz dies bestreitet, in den Quellenstellen, die ein gültiges testamentarisches Veräusserungsverbot enthalten, stets eine causa und eine persona cuius respectu. So bestimmt z. B. die l 69 § 3 D. de legatis II: Fratre herede instituto petit, ne domus alienaretur, sed ut in familia relinqueretur si non paruerit heres voluntati, sed domum alienaverit vel extero herede instituto decesserit, omnes fideicommissum petent, qui in familia fuerunt. Das Verbot hätte diese Wirkung nicht gehabt, wenn nicht gesagt worden wäre, dass das Haus im Interesse der Familie nicht veräussert werden sollte und zwar zu dem Zwecke, damit es in der Familie verbliebe.

Die Angabe der interessierten Person ist zur Wirksamkeit des Verbotes unerlässlich, die besondere Nennung des Zweckes dagegen kann sehr wohl unterbleiben. Denn in dem Interesse des bestimmten Dritten, das durch die letztwillige Verfügung gewahrt werden sóll, ist auch zugleich die causa enthalten, der Zweck, dem Bedachten das Gut zu erhalten. Wir finden denn auch eine ganze

---

[93]) l 93 pr. D. de legatis III: Lucius Titius testamento suo cavit, ne ullo modo praedium suburbanum aut domum heres alienaret: filia eius heres scripta heredem reliquit filiam suam, quae easdem res diu possedit et decedens extraneos heredes instituit: quaesitum est, an praedia pertinerent ad Juliam, quae Lucium Titium testatorem patruum maiorem habuit, respondit nihil proponi contra voluntatem defuncti factum, quo minus ad heredem pertinerent, cum hoc nudum praeceptum est.

Reihe von Pandektenstellen, welche die Verbindlichkeit des testamentarischen Veräusserungsverbotes aussprechen, wiewohl in ihnen nur angegeben ist, zu wessen Gunsten der Erblasser jene Anordnung getroffen hat. Die Behauptung Brinz' aber findet sich nirgends bestätigt.

Die Regel von der Nichtigkeit des letztwilligen Veräusserungsverbotes, das ohne Interesse einer bestimmten Person gegeben ist, wird ferner auch von Fitting[94]) eingeschränkt. Dieser behauptet nämlich, eine derartige Verfügung sei nur dann nichtig, wenn ihr „jedes erweisliche Interesse" abgeht, nur dann liege ein wahres nudum praeceptum vor. Demgegenüber betont Pernice[95]), „dass nur dann, wenn sich in das Verbot ein Fideikommiss hineindeuten liesse, dasselbe aufrecht gehalten werden müsse". Wohl sollte die Art der causa möglichst weitherzig genommen werden, aber, wie gerade die l 114 § 14 D. de leg. I. so recht deutlich beweist, muss diese causa doch immer im nächsten Zusammenhange mit einer durch das Verbot begünstigten Person stehen.

Demgegenüber stützt Fitting seine Behauptung mit scheinbarem Recht auf die l 2 C. de usuc. pro empt. 7, 26, wo es heisst: Si contra defuncti voluntatem servos quos propter perfectae artis peritiam heredibus suis defunctus servari testamento praecepit, tutores vendiderunt, usucapi non potuerunt.. In diesem testamentarischen Verbote der Veräusserung von Sklaven ist nun zwar nicht ausdrücklich gesagt, in wessem Interesse es gegeben ist, es ist vielmehr nur die causa benannt propter perfectae artis peritiam. An sich ist also ein Interesse an der Erhaltung der Sklaven vorhanden, das Gesetz spricht aber von keinem Bedachten. Wie kommt es nun, dass dieses Verbot trotzdem als giltig anerkannt wird? Pernice hat die Antwort auf diese Frage gegeben, indem er sagt: „Es lässt sich sehr wohl, wenn anders man hier überhaupt von einem testamentarischen Veräusserungsverbot sprechen kann, ein Fideikommiss hineindeuten: für die Miterben sollen die Sklaven erhalten bleiben; für den letzten überlebenden Erben soll die Geschicklichkeit derselben noch von Nutzen sein. Also in der Erhaltung der Sklaven für die Erben liegt das rechtliche Interesse.[95]) In gleicher Weise widerlegt Pernice die zweite Hauptstütze Fittings, die dieser in fr. 38 pr. D. de leg. III[96]) zu finden meint. Und auch die anderen Quellenstellen, die jener anführt zum Beweise für seine Ansicht, sind von diesem so interpretiert worden, dass er zum Schluss seiner Untersuchung sagen konnte: „Es stünde dem

[94]) Fitting im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 51 S. 270 ff.
[95]) Pernice, M. Antistius Labeo III, S. 61.
[96]) l 38 pr. D. de leg. III. Pater filium .... exsolvisset.

wahren Sinne des nudum praeceptum, wie er in der l 38 § 4, l 93 pr. D. de legatis III klar ausgesprochen ist, völlig entgegen, wenn ein solches schon bei Vorhandensein irgend eines nachweisbaren Interesses ausgeschlossen sein sollte."[97]) Wir müssen also das Veräusserungsverbot stets dann als ungiltig betrachten, wenn sich ein Fideikommiss nicht herauslesen lässt. Hiergegen scheint zwar auch die l 38 § 7 D. de legatis III[98]) zu sprechen, in Wahrheit aber löst sich auch dieser Widerspruch, wie E. A. Seuffert gezeigt hat, damit auf, dass unter der successio die Universalsuccessionen der Söhne zu verstehen sind.

§ 16.

Verbindlichkeit des testamentarischen Veräusserungsverbotes.

Wie schon bei den im vorigen Paragraphen angestellten Erwägungen erwähnt worden ist, kann das letztwillige Veräusserungsverbot nur dann von rechtlicher Bedeutung und infolgedessen auch von Wirkung sein, wenn es im Interesse eines bestimmten Dritten gegeben ist. Deshalb fährt denn auch Marcian in der l 114 § 14 D. de legatis I nach den vorhin citierten Worten fort: Quod si (zu ergänzen ist: qui testamento vetant quid alienari) liberis aut posteris aut libertis aut heredibus aut aliis quibusdam personis consulentes eius modi voluntatem significarent, eam servandam esse.

Sobald also nur irgend jemand da ist, zu dessen Gunsten das Verbot getroffen worden ist, so steht seiner Giltigkeit nichts im Wege. Es macht ferner auch keinen Unterschied, ob durch diese letztwillige Anordnung das Interesse eines bestimmten Dritten bezweckt wird oder ob dadurch der Erbe selbst und seine Miterben bedacht werden.

Ist freilich der Erbe, dem das Verbot einer Veräusserung einer hinterlassenen Sache gegeben ist, allein der Interessierte, so ist diese Verfügung nicht nur ohne alle Wirkung Dritten gegenüber, „der Satz, dass das Verbot die Erbschaftssachen afficiere und, wenn es verletzt wird, die Nichtigkeit der Veräusserung bewirke, nicht anwendbar"[99]), sondern die Anordnung ist an sich schon ungiltig, ein undum praeceptum, wie die l 93 pr. D. de legatis III, l 114 § 14 D. I, l 38 § 4D. de leg. III deutlich besagen.

Zur Verbindlichkeit des Verbotes ist also das Interesse eines

---

[97]) Pernice, M. Antistius Labeo III, S. 61.

[98]) l 38 § 7 D. de legatis III: Mater filios heredes scripserat et adiecit: „praedia quae ad eos ex bonis meis perventura sunt, nulla ex causa abalienent, sed conservent successioni suae deque ea re invicem sibi caverent" ex his verbis quaesitum est, an praedia per fideicommissum relicta videantur, respondit nihil de fideicommisso proponi.

[99]) Seuffert, Archiv f. Entsch. d. obersten Gerichte. Bd. VIII No. 302.

Dritten, zu dessen Gunsten der Testator dem Erben die Veräusserung untersagt hat, unbedingt erforderlich.

Diesem Erfordernis wird aber stets dann entsprochen, wenn in der letztwilligen Anordnung zugleich „die stillschweigende Errichtung eines Fideikommisses enthalten" ist (Seuffert l. c.); denn alsdann sollen ja die Interessen anderer als des Erben bedacht werden. Somit ist die Untersagung der Veräusserung einer hinterlassenen Sache auch dann verbindlich, wenn dieselbe dem Erben und seinen Nachkommen oder Miterben zum Vorteil gereichen soll. Denn hier liegt in dem Verbote, dass der Erbe die Sache nicht veräussern solle, der Wille des Testators, „dass die Sache nach dem Ableben des Erben an dessen Kinder oder an die Miterben fallen soll, also ein bedingtes Vermächtnis."[100]) Derartige (giltige) testamentarische Verfügungen liess das römische Recht sowohl zu Gunsten der Mitglieder der Familie des Erben, namentlich der Descendenten, als auch zum Vorteile der Freigelassenen und deren Familie zu. Pernice berichtet z. B. von einem derartigen Familienfideikommisse, indem er jenen Fall erzählt, wo den Freigelassenen ein Grundstück letztwillig zugewendet worden ist mit dem Zweck, dass die Familie von den Erträgen desselben leben solle; das Verbot der Veräusserung hat hier nicht nur seine causa expressa, sondern auch den respectus tertii.

Zur Giltigkeit dieser testamentarischen Anordnung ist es ferner nicht nötig, dass es immer eine res propria testatoris sein muss, deren Veräusserung der Erblasser zu Gunsten eines Dritten verbietet, es kann vielmehr auch eine dem Erben selbst gehörige Sache mit Rücksicht auf eine bestimmte andere Person zu veräussern untersagt werden. Hier wie dort soll dem Dritten durch die Fürsorge des Erblassers eine Sache gewahrt bleiben, die dereinst in sein Vermögen fallen oder durch die er sonst einen Vorteil geniessen soll. Das Rcht des Testators, auch die Veräusserung der eigenen Sache des Onerierten[101]) zu verbieten[102]), erkennt schon Gaius an mit den Worten: non solum suam rem testator utiliter legare potest, sed etiam heredis sui. (Gaius II § 210.)[103]) Auch in diesem Verbote der alienatio einer Sache desjenigen, der den Nachlass erwirbt, liegt eine Art Vermächtnis; denn auch hier wird durch den letzten Willen des Erblassers ein anderer als der Erbe zu dessem Nachteil bedacht.

---

[100]) Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht, S. 140.

[101]) Oneriert ist der Erbe, da er durch das Verbot beschränkt wird.

[102]) indem er seinem Verbote den Charakter eines Damnationslegates gibt.

[103]) Vgl. auch Ulpian l 38 §§ 4. 5. D. de V.O. 45, 1. Justinian: l 1 C. de commun. de legat. 6, 43.

§ 17.

Wirkung des testamentarischen Veräusserungsverbotes.

Wenn auch hinsichtlich der Verbindlichkeit des testamentarischen Veräusserungsverbotes kein Unterschied besteht, ob eine Sache des Erblassers oder eine dem Erben selbst gehörige infolge dieser Verfügung zu Gunsten eines Dritten nicht veräussert werden soll, so äussern sich doch die Wirkungen in den beiden Fällen ganz verschieden.

1. Hat nämlich der Testator die Veräusserung einer dem Erben gehörigen Sache mit Rücksicht auf eine bestimmte dritte Person verboten, so liegt der Fall ähnlich, wie beim vertragsmässigen Verbote der Veräusserung einer dem Promittenten gehörigen Sache. Was dort, beim pactum de non alienando, inter vivos vereinbart wurde, dasselbe soll hier durch eine letztwillige Anordnung bestimmt werden: der Eigentümer soll in seiner Dispositionsbefugnis über seine eigene Sache zu Gunsten eines Dritten beschränkt werden. Der Unterschied besteht nur darin, dass bei jenem Verträge die Verbindlichkeit entstand durch consensus inter partes, während beim testamentarischen Verbote die Verpflichtung des Erben durch die einseitige letztwillige Verfügung erzeugt wird. Die oben entwickelten Regeln über die Wirkung des pactum de non alienando müssen auch hier Anwendung finden. Auch hier kann nur ein obligatorisches Verhältnis zwischen dem Erben und dem Bedachten begründet werden, kraft dessen gegen den zur Nichtveräusserung Verpflichteten eine Klage auf Erfüllung dieser Verpflichtung gewährt wird. Veräussert also der Onerierte trotz des Verbotes die Sache, dann kann auch hier diese Veräusserung niemals nichtig sein; die Sache kann von dem Dritten nicht vindiciert werden. — Dies wird zwar von einigen Rechtslehrern, unter anderen von Marezoll[104]), bestritten, indem sie auch hier dem Bedachten eine dingliche Klage zugestanden wissen wollen; dies ist aber von Vangerow und Windscheid als durchaus unbegründet zurückgewiesen worden.

Dem Honorierten kann vielmehr nur eine persönliche Klage auf das id quod interest gegen den Erben gegeben werden. In den Quellen ist dies zwar nicht ausdrücklich hervorgehoben, lässt sich aber, wie Lauk zeigt, argumento a contrario aus der l 11 § 4 C. commun. de legat. 6, 43 ableiten. Dort heisst es nämlich: ... Cum enim non aliter valeat, nisi aliquid lucri offerat ei a quo derelictum est, nihil est grave etiam adversus eum non tantum personalem, sed etiam in rem et hypothecariam extendere actionem in rebus, quas a testatore consecutus est. Hieraus folgert Lauk, dass bei

---

[104]) Marezoll in Lindes Zeitschrift Bd. 9 S. 290.

den Verboten der Veräuserung einer Sache des Erben „ein Quasikontrakt über die Nichtveräusserung eingegangen und so eine persönliche Verbindlichkeit begründet worden sei, die auch eine persönliche Klage geben müsse.“[105])

2. Eine weit grössere Bedeutung als der soeben geschilderte Fall eines testamentarischen Veräusserungsverbotes hat jener, wo dem Erben durch den letzten Willen des Erblassers, gleichviel ob dieser in einem Testamente oder einem Kodizill sich kundgab, die Veräusserung einer hinterlassenen Sache rechtsgiltig, d. h. zu Gunsten irgend eines Dritten untersagt worden ist. Hier, wo der Testator seine eigene Sache zum Vorteile eines anderen als des Erben bewahrt wissen wollte, sei es, damit sie nach einer bestimmten Zeit oder mit dem Eintritte einer Suspensivbedingung in dieses Dritten Eigentum fallen könne, oder, damit ein dingliches Recht, das er diesem eingeräumt hatte, erhalten und ungeschmälert bliebe; hier liegt in dem testamentarischen Veräusserungsverbote zugleich ein reines Vermächtnis. Denn der Nachlass oder vielmehr die Befugnisse, die sich aus demselben bezüglich der einzelnen Sachen ergeben, werden dem Erben zum Vorteile jenes Dritten gemindert. Es „koincidiert“[106]) also in diesem Falle mit dem rechtsgeschäftlichen Verbote zugleich ein gesetzliches Verbot, nämlich das der Veräusserung einer vermachten Nachlassache. Das Recht an dieser wird ja mit dem Erbschaftsantritte oder mit dem Eintritt der gesetzten Bedingung oder des Termins ipso iure von dem Honorierten erworben. Dieser wird unmittelbar Eigentümer, unmittelbar dinglich Berechtigter, wenn ihm ein dingliches Recht anderer Art an der Nachlasssache vermacht ist.[107]) Sobald der dies legati venit, kann er das in diesem Zeitpunkte auf ihn übergegangene Eigentum oder sonstige dingliche Recht an der Sache mit der dinglichen Klage geltend machen. Sein Recht kann daher (auch) nicht durch zuvor getroffene Verfügungen des Erben beeinträchtigt werden. Somit muss auch jede Veräusserung der dem Honorierten zugedachten Sache ohne alle rechtliche Bedeutung sein. Das gesetzliche Veräusserungsverbot, das des Vermächtnisses wegen Anwendung findet, verleiht so auch dem testamentarischen Verbote dingliche Wirkung. Hat daher trotz der letztwilligen Verfügung der Erbe die Sache veräussert, so hat sie gleichwohl niemand erworben; die Veräusserung ist nichtig, und der Vermächtnisnehmer kann, sobald das Vermächtnis fällig ist, mit der rei vindicatio die Sache von jedem dritten Besitzer herausverlangen. — Nicht minder wird der Bedachte, dem ein

[105]) Lauk in Lindes Zeitschrift Bd. 5 S. 12.

[106]) Vangerow, § 299, S. 550.

[107]) Dernburg, Pandekten III, S. 190.

anderes dingliches Recht an der Sache zukommt, mit der entsprechenden dinglichen Klage jedem Dritten gegenüber sein Recht zur Geltung bringen. — Was von den dinglichen Rechten gesagt ist, das muss auch von den persönlichen Rechten gelten. Auch deren Uebergang auf den Vermächtnisnehmer kann durch den Erben nicht gehindert werden. Sobald der dies legati venit, wird der Bedachte die Forderung als eigenes Recht von dem Schuldner einklagen können. Eine etwa bereits erfolgte Leistung an den Erben wird als ungiltig geschehen anzusehen sein. Denn in dessen Annahme liegt eine ungiltige Verfügung. Die Massnahmen des Erben können ja die Rechte der Honorierten nicht aufheben, beschränken oder hindern. Dies bestätigt auch eine ganze Reihe von Pandektenstellen; so sagt z. B. die 169 § 1 D. de legatis I: Si servum sub condicione legatum heres alienaverit deinde condicio exstiterit, postest nihilo minus a legatario vindicari nec extinguitur legatum.

Auf Grund des Vermächtnisses, das in dem testamentarischen Veräusserungsverbote liegt, erhält dieses selbst eine dingliche Wirkung. Das Verbot ist also völlig überflüssig; denn gesetzliche Veräusserungsverbote haben bereits die Veräusserung eines Vermächtnisses für ungiltig erklärt.

Hinsichtlich der bedachten Personen sahen wir bereits, dass sowohl zu Gunsten eines bestimmten Dritten, wie auch im Interesse des Erben selbst und der übrigen Mitglieder seiner Familie oder anderer Personen ein verbindliches letztwilliges Veräusserungsverbot gegeben sein könne. Ein Verbot dieser letzteren Art ist das sogenannte successive Vermächtnis, bei dem der Erblasser zuerst dem einen und nach einer gewissen Zeit oder bei Eintritt einer Bedingung einem anderen die Sache vermacht hat. Hierher gehört vor allem das römische Familienfideikommiss. Da letzteres aber in Deutschland durch das gleichnamige, aber ganz anders geartete deutschrechtliche Institut ersetzt wurde, so wollen wir es hier nur kurz berücksichtigen.

Unter dem römischen Familienfideikommiss hat man zu verstehen eine fideikommissarische Substitution, bei der der Familie des Testators oder einer bestimmten anderen das Fideikommissgut zufallen soll. Dies ist z. B. der Fall, „wenn letztwillig eine dauernde Einrichtung zu Gunsten einer Familie getroffen wird.“[108]) Hier ist also jeder, der zur Familie gehört, der Honorierte, wird also auch Eigentümer des Fideikommissgutes, sobald das Vermächtnis fällig wird. Veräussert daher einer der Besitzer desselben das Objekt, so ist auch hier die Veräusserung nichtig. Ausserdem

[108]) Pernice, M. Antistius Labeo III, 60.

verliert der Veräusserer nach einer Bestimmung der l 69 § 3 D. de legatis II[109]) sein Recht als Fideikommissar, und der nächst Berufene tritt nun in dasselbe ein, so dass er das Fideikommissgut mit der rei vindicatio an sich ziehen kann. Geschah indes die Veräusserung von dem zeitigen Fideikommissinhaber aus Not wegen drängender Schulden, so sollte sie zwar nach der l 69 § 1D. de legatis II[110]) während des Lebens des Veräusserers bestehen bleiben; nach seinem Tode aber konnte der nächstfolgende Fideikommissar die Sache vom Erwerber mit der Eigentumsklage herausverlangen. — Nun konnte es aber auch vorkommen, dass alle Honorierten einig waren, das Gut zu veräussern. Hier musste das Verbot des Testators cessieren; denn es sollte ja immer nur im Interesse der Fideikommissare gelten. So konnte also der Wille des Erblassers doch nicht unter allen Umständen die Veräusserung ausschliessen. Justinian gab endlich noch in der Novelle 159 die gesetzliche Bestimmung, dass jedes Familienfideikommiss nach vier Restitutionen als aufgehoben anzusehen sei.

Diesem römischrechtlichen Institute steht nun das in Deutschland zur Geltung gekommene deutschrechtliche Familienfideikommiss vollkommen anders geartet gegenüber. Der Unterschied zwischen beiden ist vor allem begründet durch die Bedeutung, die ihm von den beiden Rechten gegeben wurde. Während das römische Familienfideikommiss nur den Zweck hatte, ein Vermögensstück vor der Veräusserung zu bewahren, es in der Familie zu erhalten, sollte es in Deutschland vor allem den Glanz und den Namen der Familie erhalten. Hier kam ferner der Zusammenhang mit den Standesrechten, die ausschliessliche Vererbung des Fideikommissgutes durch den Mannesstamm etc. in Betracht.[111]) Vor allem aber war es die dauernde Unveräusserlichkeit, die dem deutschrechtlichen Familienfideikommiss ein besonderes Gepräge gab. Gleichwohl konnte Mittermaier[112]) sowie Sintenis[113]) behaupten, dass auch das römischrechtliche Institut noch in Deutschland zur Geltung ge-

---

[109]) l 69 § 3 D. de legatis II: Fratre herede instituto petit, ne domus alienaretur, sed ut in familia relinqueretur, si non paruerit heres voluntati, sed domum alienaverit vel extero herede instituto decesserit, omnes fideicommissum petent qui in familia fuerunt, quid ergo si non sint eiusdem gradus? ita res temperari debet, ut proximus quisque primo loco videatur invitatus.

[110]) l 69 § 1 D. de legatis II: Praedium, quod nomine familiae relinquitur, si non voluntaria facta sit alienatio, sed bona heredis veneant, tamdiu emptornetinere debet, quamdiu debitor haberet bonis non venditis, post mortem eius non habiturus quod exter heres praestare cogeretur.

[111]) Sintenis, d. prakt. gem. Civilrecht II, S. 688, Anm. 24.

[112]) Mittermaier, Lehrb. des deutsch. Privatr. § 158.

[113]) Sintenis III, S. 689.

kommen sei. Es muss daher in den einzelnen Fällen untersucht werden, was der Wille des Testators beabsichtigt hat. Denn diesem musste es belassen bleiben, seiner Liberalität diese oder jene Form zu geben. Daher sagt denn auch Knipschild, De fideicommissis familiarum III n. 1: Causa efficiens fideicommissorum nobilium familiarum conservandarum causa constitutorum est ipsa fideicommittentis s. instituentis voluntas. So kam also auch in Deutschland noch das Recht des römischen Familienfideikommisses, das wir auch allein als das gemeinrechtliche bezeichnen können, zur Geltung.

Fassen wir die in den obigen Ausführungen festgestellten Resultate noch einmal kurz zusammen, so ist zu sagen: Das testamentarische Veräusserungsverbot ist nur dann rechtsverbindlich, wenn es im Interesse eines Dritten dem Erben auferlegt ist, anderenfalls ist es ein nudum praeceptum, d. h. null und nichtig. Die Wirkung eines giltigen Verbots aber ist bald eine dingliche, bald eine obligatorische, je nachdem dem Erben die Veräusserung einer res propria testatoris oder die einer res sua untersagt ist. Im Falle der dinglichen Wirkung wird dem Fideikommissar von der Fälligkeit des Vermächtnisses an, als Eigentümer, die rei vindicatio gegeben sein, während im Falle der obligatorischen Wirkung nur Schadensersatzansprüche von dem Interessierten wegen der Verletzung des Verbots geltend gemacht werden können.

Bevor wir die Lehre von den testamentarischen Veräusserungsverboten abschliessen, sei noch hinzugefügt, dass das, was bisher in der Regel nur von einer einzelnen zum Nachlass gehörigen Sache gesagt worden ist, auch von dem ganzen Nachlasse gelten muss. Nicht nur die Veräusserung der Singularvermächtnisse, sondern auch die der Universalfideikommisse kann dem Erben untersagt werden.

Endlich sei noch des Falles gedacht, in dem die Wirksamkeit des testamentarischen Veräusserungsverbotes cessiert. Wie nämlich l 114 § 14 D. de legatis I a. E. besagt, soll haec neque creditoribus neque fisco fraudi esse (divi Sev. et Ant. rescripserunt). Den Gläubigern des Erblassers oder dem Fiskus soll ein Vermächtnis, also auch diese letztwillige Anordnung, nicht zum Nachteile gereichen. Sie dürfen in ihrem Rechte, sich aus dem Nachlasse wegen ihrer Ansprüche zu befriedigen, nicht gehindert werden. So ist es also wohl möglich, dass dieser trotz seiner Fideikommissqualität vollständig erlischt, infolge der Geltendmachung der Forderungen der Gläubiger des Testators oder des Fiskus. Das letztwillige Veräusserungsverbot ist hier ohne jede Kraft. So sagt denn auch die l 78 § 4 D. de legatis II: Si creditor ab eo qui testamentum fecit domum acceptam iure pignoris vendidit, contra emptorem fideicommissi causa, tametsi voluntatem defuncti non ignoravit, nihil decernetur.

B. Das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot nach B.G.B.

Wie im gemeinen Recht, so treten auch im B.G.B. neben die gesetzlichen und richterlichen Veräusserungsverbote die durch Rechtsgeschäft begründeten, die ihrerseits wohl wieder einer Unterscheidung in vertragsmässige und letztwillige fähig wären, vom Gesetz aber im § 137 sowohl hinsichtlich ihrer Verbindlichkeit als auch ihrer Wirkung ungetrennt behandelt werden. Dieser Paragraph wird daher die allgemeine Grundregel für die rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbote ergeben. Nur eine einzige Ausnahme von dieser findet sich im § 399. Wir wollen daher zunächst dem allgemeinen Grundsatze näher treten und die Wirksamkeit des rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbotes im Regelfall untersuchen. Im Anschluss daran wollen wir auf einige Fälle besonders gearteter Veräusserungsverbote hinweisen. Alsdann soll uns die Ausnahme von dem Grundsatze des § 137 beschäftigen, und zum Schluss werden wir noch dem letztwilligen Veräusserungsverbote eine besondere Betrachtung widmen.

§ 18.

Bedeutung des § 137 B.G.B.

Bei Betrachtung des Veräusserungsverbotes müssen wir, auf Grund der im allgemeinen Teile unserer Abhandlung gemachten Erwägungen, den Begriff der Veräusserung in seinem weitesten Sinne fassen; denn nicht nur die Uebertragung, d. i. die Veräusserung im engeren Sinne, sondern auch jede Aufhebung und Belastung eines Rechtes soll dem Berechtigten untersagt werden. Alle diese Massnahmen hat nun aber das B.G.B. nicht mit dem Worte „Veräusserung", sondern mit dem Ausdrucke „Verfügung" zusammengefasst, so dass wir die Veräusserungsverbote wohl auch Verfügungsverbote nennen könnten.

Diese Verbote beziehen sich ferner, wie gleichfalls schon oben gezeigt worden ist, auf alle veräusserlichen Rechte, sowohl auf die dinglichen als auch auf die persönlichen. Allein dieser weite Umfang der Veräusserungsverbote ist erst spät anerkannt worden. Selbst in der ersten Kommission zum Entwurf eines B.G.B. war man noch zu sehr von den römisch-rechtlichen Ideen beherrscht. So sprach denn auch § 796 des ersten Entwurfes nur von „der Befugnis des Eigentümers" und der anderen „dinglich Berechtigten", die durch das (rechtsgeschäftliche) Veräusserungsverbot ausgeschlossen oder beschränkt werde. Erst der zweiten Kommission ist es zu verdanken, dass sich die Bestimmung über jenes Verbot auch auf die persönlich Berechtigten und die Abtretung der Forde-

rungen bezieht. Das B.G.B. sagt denn auch ganz allgemein in seinem § 137: „Die Befugnis zur Verfügung über ein veräusserliches Recht kann nicht . . .“ So ist denn endlich eine allen veräusserlichen Rechten entspringende und zwar allen gleichartige Befugnis einer gemeinsamen Norm unterstellt.

§ 19.

§ 19. Wirksamkeit des rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbotes nach B.G.B.

Schon bei Gelegenheit der Betrachtung des pactum de non alienando haben wir gesehen, dass die Verbindlichkeit eines Vertrages angenommen werden muss, sobald irgend ein vernünftiges Interesse des Kontrahenten die Leistung des Schuldners verlangt. Und zwar müssen wir trotz des Widerspruches einzelner Rechtslehrer die Wirksamkeit eines Vertrages anerkennen, sobald dessen Erfüllung dem blossen Affektionsinteresse des Gläubigers entspricht.

Ein Vermögenswert der Leistung wird, wie im gemeinen Rechte, so auch vom Bürgerlichen Gesetzbuche nicht gefordert. Dies „erhellt zur Genüge aus dem Mangel einer entgegenstehenden Bestimmung“.[114]) Das B.G.B. sagt nämlich nur in seinem § 241: „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.“ Es vermeidet also „geflissentlich jede Erwähnung eines Geld- oder Vermögensinteresses.“[115])

Gleichwohl wollen Endemann, Dernburg, Hellwig, Oertmann u. a. auch für das heutige Recht das Erfordernis des Vermögensinteresses nicht fallen lassen. „Das Fallenlassen des Vermögensinteresses“, sagt z. B. Oertmann, „würde den Begriff der Obligation zu unbrauchbarer Weite verflüchtigen und alle festen Grenzen gegen andere relative Rechte niederreissen.“[116]) Aus dem blossen Schweigen des Gesetzes dürfe nicht gefolgert werden, dass „ein vermögensrechtliches Interesse nach der Auffassung des B.G.B. nicht zum Wesen der Obligation gehöre.“[117])

Doch wie einerseits auch die entgegengesetzte Ansicht durch das Schweigen des Gesetzes nicht bewiesen werden kann, so lässt sich andererseits auch „aus den Materialien, aus der grundsätzlichen Anerkennung der Vertragsfreiheit und aus anderen positiven Aussprüchen des Gesetzes[118]) erkennen, dass jedes schutzwürdige

---

[114]) Haidlen, Kommentar I. S. 298, Anm. zu § 241.
[115]) Enneccerus,-Lehmann I, S. 373.
[116]) Oertmann, Kommentar S. 9.
[117]) Haidlen, Kommentar I, S. 298.
[118]) Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I, S. 325.

Interesse als rechtlich beachtenswertes angesehen werden muss. So sagten schon die Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches: In einer wichtigen Frage nimmt der Entwurf in Ansehung der Erfordernisse des Schuldverhältnisses entschieden Stellung. Ein vermögensrechtliches Interesse des Gläubigers gehört nach seiner Auffassung nicht zum Wesen der Obligation.[119]) In ähnlicher Weise lässt das Gesetz selbst in seinem § 343 erkennen, dass es von dem Erfordernis des Vermögenswertes absieht, denn dort heisst es: „Ist eine verwirkte Strafe unverhältnismässig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht bloss das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen."

Aus dem Gesagten ergibt sich also, dass jedes Interesse als genügend zur Begründung einer klagbaren Obligation anerkannt werden muss. Freilich kann dies auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nur insoweit gelten, als es sich um ein schutzwürdiges Interesse handeln muss. „Damit ist zunächst die Befriedigung der Laune vom Gebiete der Schuldverhältnisse ausgeschlossen."[120]) Die aus Laune entspringenden Interessen sind des Rechtsschutzes nicht würdig, weil sie unberechtigt sind. Ebensowenig umfasst die Rechtssphäre „Verabredungen über Dinge, welche nach unserer Lebensauffassung den Gebieten der Sitte und Sittlichkeit, des Anstandes, den freien Aeusserungen der Liebe und Religion und den Einfällen der Geselligkeit angehören. Diese bilden den Gegensatz zu dem Gebiete des Verkehrs und der Geschäfte."[121]) In ihnen wird denn auch fast immer der animus obligandi der Parteien fehlen. Sollte er aber ausnahmsweise doch einmal vorhanden sein, so könnte gleichwohl in dem Versprechen nicht die Begründung einer Rechtspflicht liegen. Denn die rechtliche Bindung zu einer Handlung, die von Moral wegen frei sein muss, wäre ein Verstoss gegen die guten Sitten, die das Versprechen zum nichtigen machte. „Es kann eben nur auf geschäftsmässigem Boden ein Schuldverhältnis entstehen."[121]) Dort aber kommt es auch für das heutige Recht nicht darauf an, welcher Art das Interesse an der versprochenen Leistung ist. Selbst das blosse Affektionsinteresse reicht aus, um eine klagbare Obligation zu begründen, es sei denn, dass es des Rechtsschutzes unwürdig ist.

So wird auch das Versprechen der Nichtveräusesrung einer Sache oder einer Forderung als ein rechtlich verbindliches anzusehen

---

119) Motive zu dem Entwurf eines B.G.B. Bd. 2 S. 3.
120) Matthiass, Lehrbuch I, S. 325.
121) Crome, System des bürgerlichen Rechts, S. 19.

sein, wenn der Promissar auch nur ein Affektionsinteresse an der Erfüllung desselben hat. Es wird eine klagbare Obligation entstehen, kraft deren der Gläubiger berechtigt ist, von dem Promittenten die Leistung, d. i. die Einhaltung der übernommenen Verpflichtung (die Nichtveräusserung), zu fordern.

Nicht minder muss auch für das heutige Recht die Verbindlichkeit des Erben anerkannt werden, dem durch eine letztwillige Verfügung, die als Zuwendung an einen anderen, d. h. im Interesse eines anderen, ein Vermächtnis involviert, die Veräusserung eines Rechtes untersagt ist. Hierdurch wird einerseits der Erbe in der Ausübung der ihm überkommenen Rechte beeinträchtigt, er wird „mit einem Vermächtnis beschwert" (§ 2147); andererseits wird durch diese Anordnung des Erblassers, durch dies „Vermächtnis, für den Bedachten das Recht begründet, von dem Beschwerten die Leistung des vermachten Gegenstandes zu fordern." (§ 2174 B.G.B.) Es entsteht also auch hier ein obligatorisches Verhältnis zwischen dem Erben und dem Vermächtnisnehmer, kraft dessen der erstere verpflichtet ist, die Vermächtnissache nicht zu veräussern.

Es fragt sich nun aber, ob das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot nicht etwa über die so (durch Vertrag oder letztwillige Verfügung) begründete obligatorische Gebundenheit hinaus wirksam ist. Das Gesetz gibt die Antwort auf diese Frage im § 137 S. 1 mit den Worten: „Die Befugnis zur Verfügung über ein veräusserliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden." Die volle Wirksamkeit des rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbotes ist also ausgeschlossen; der Privatwille soll nicht imstande sein, die Veräusserung eines dinglichen oder persönlichen Rechtes zu hindern. „Denn die Bestimmung des § 137 des B.G.B. besagt nicht nur, dass die Befugnis des Eigentümers oder der dinglich Berechtigten, über ihr Recht zu verfügen, in Ermangelung einer anderweiten gesetzlichen Bestimmung durch Rechtsgeschäft mit dinglicher Wirkung nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden kann, sondern sie gilt überhaupt für alle veräusserlichen Rechte, da das B.G.B. von der Voraussetzung ausgeht, dass die Parteien andere als die im Gesetze bestimmten dinglichen Aenderungen eines Rechts nicht vornehmen können."[122])

---

[122]) Dem § 137 liegt der Gedanke zu Grunde, dass durch eine dieser Vorschrift widersprechende Vereinbarung eine Veränderung des Rechtes als solchen ausgeschlossen werden soll; eine solche Veränderung des Rechtes kann unter den Beteiligten nicht verabredet werden, da das B.G.B. die Begründung relativ-dinglicher Rechte nicht zulässt. (Kommissions-Protok. in Haidlens Kom. z. B.G.B. I, § 137.

Mit der Ausschliessung oder der Beschränkung der dem Rechte entspringenden Befugnis würde aber das Recht selbst in seinem Inhalte verändert, aus einem veräusserlichen zu einem unveräusserlichen gemacht werden. Diese Macht, die allgemein anerkannte Verkehrsfähigkeit der Rechte nach Belieben aufzuheben, darf der Privatwille nicht haben. Denn „jede Umwandlung eines veräusserlichen Rechtes in ein unveräusserliches entwertet dieses Recht und mindert somit das Nationalvermögen in einem seiner Stücke."[123]) „Wenn es dem Berechtigten freistünde, sich der Verfügung über das Recht willkürlich zu entschlagen, so könnte auf diesem Wege das ganze Vermögen ausser Verkehr gesetzt werden. Einer solchen Möglichkeit musste das Gesetz im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse entgegentreten."[124]) Deshalb versagte es im allgemeinen dem rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbote die dingliche Wirkung. Nur in einem Falle, den wir später besonders behandeln werden, sollte dem Willen zweier Vertragschliessenden die Kraft innewohnen, die der Vereinbarung zuwider vorgenommene Veräusserung nichtig zu machen. Hiervon abgesehen aber gilt als Regel, dass ein durch Vertrag oder letzten Willen entstandenes Verbot der vollen Wirksamkeit (gegen Dritte) entbehre.

Doch nur die dingliche Wirkung soll einer der Vorschrift des § 137 Satz 1 widersprechenden Verabredung oder letztwilligen Verfügung versagt sein; die obligatorische Wirkung des rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbotes darf nicht in Frage gestellt werden, denn die Begründung einer Verpflichtung, über ein veräusserliches Recht nicht zu verfügen, kann nicht dadurch ausgeschlossen sein, dass nicht die Unmöglichkeit der Verfügung über dasselbe bestimmt werden kann. „Ein Anderes ist die Unmöglichkeit der Verfügung, ein Anderes die Pflicht zu ihrer Unterlassung. Die Bestimmung, dass ich einem anderen die Unterlassung der Verfügung schulde, besteht zu Recht nach Massgabe der überhaupt für die Begründung von Schuldverhältnissen geltenden Normen. Die Bestimmung, dass ich die Verfügung nicht zu treffen vermag, ist als solche nichtig, kann aber die rechtsgiltige Bestimmung in sich schliessen, dass ich einer bestimmten Person die Unterlassung der Verfügung schulde."[125]) Die Uebernahme einer solchen Verpflichtung ist also voll wirksam. Deshalb sagt denn auch Satz 2 des § 137:

„Die Wirksamkeit einer Verpflichtung, über ein solches (d. h. veräusserliches) Recht nicht zu verfügen, wird durch diese (des 1. Satzes) Vorschrift nicht berührt."

123) Leonhardt, Der allgemeine Teil des B.G.B. S. 379.
124) Motive zum Entw. eines B.G.B. Bd. 3 S. 77.
125) Hölder, Kommentar z. B.G.B. Bemerkung zu § 137.

Es kann sich also z. B. der Käufer dem Verkäufer gegenüber rechtlich verpflichten, die gekaufte Sache nicht weiter zu veräussern, wie auch der Vermieter dem Mieter gegenüber, das Eigentum an der Mietsache zu behalten.[126]) Kraft dieser obligatorischen Gebundenheit ist der an sich zur Veräusserung Berechtigte gehalten, diese zu unterlassen. Achtet er aber des Verbotes nicht, zerreisst er die Fessel, die ihn in der freien Betätigung seines Rechtes hemmt, und veräussert er dieses, so ist die Veräusserung zwar nicht nichtig, der Dritte erwirbt vielmehr rechtmässig das Eigentum, das sonstige dingliche Recht oder die Forderung; seinem Kontrahenten aber, der ihm vertragsmässig das Veräusserungsverbot auferlegt hat, oder demjenigen, zu dessen Gunsten eine dahin gehende letztwillige Verfügung getroffen worden ist, hat er den Schaden zu ersetzen, den dieser durch die Verletzung des Verbotes, durch die Veräusserung, erleidet, oder die für diesen Fall festgesetzte Vertragsstrafe zu zahlen.

Es ist also „nicht richtig, wenn verschiedene behaupten, dass die dingliche Unwirksamkeit des privaten Veräusserungsverbotes die Veräusserlichkeit der Vermögensgegenstände tunlichst zu begünstigen bezweckt. Denn dann hätte der Gesetzgeber auch der Uebernahme der Verpflichtung, einen Gegenstand nicht zu veräussern, einen Riegel vorschieben müssen. Gerade das Gegenteil ist aber der Fall, wie aus § 137 S. 2 erhellt."[127])

Gegen denjenigen, an den trotz des Verbotes das Recht veräussert worden ist, kann nicht vorgegangen werden. Er stand ja ganz ausserhalb des Schuldverhältnisses, welches das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot begründete, hatte also auch keine Verpflichtung dem Stipulator oder dem Bedachten gegenüber, sich des Erwerbes zu enthalten. Also auch dann, wenn ihm das Verbot bekannt war, wird ihm der Geschädigte das erworbene Recht nicht streitig machen können. Wohl wirkte er bei dem Vertragsbruche oder der Verletzung der letztwilligen Verfügung mit, allein auch dadurch konnte „die Befugnis zur Verfügung über das veräusserliche Recht nicht ausgeschlossen werden." Der Zweck des Gesetzes: veräusserungsfähige Rechte dem Verkehr durch den Privatwillen nicht entziehen zu lassen, bedingt auch hier die Geltung der Bestimmung des § 137 Satz 1. Die Veräusserung ist auch hier giltig, und auch hier können nur gegen den Veräusserer Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden.

Indes ist es nicht ausgeschlossen, dass der aus der obligatorischen Verpflichtung Berechtigte im Falle einer Gefährdung

---

126) Dernburg, Das Bürgerliche Recht I. S. 371.
127) Dernburg, l. c. S. 371.

seines (obligatorischen) Anspruches durch eine einstweilige Verfügung ein richterliches Veräusserungsverbot erlangt. Ein solches steht aber gemäss § 136 einem gesetzlichen Veräusserungsverbote gleich. Es macht also wie dieses die dem Verbote zuwider vorgenommene Veräusserung dem Berechtigten gegenüber nichtig. Ist der Erwerber jedoch in gutem Glauben, so verliert das Verbot auch hier seine relativ dingliche Wirkung. „Die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden auch hier entsprechende Anwendung." (§ 135 Abs. 2.)

§ 20.

Das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot in der Form einer Resolutivbedingung.

Trotz der klaren Bestimmung des § 137 des B.G.B. hat man auch heute noch, ohne dass eine dahin gehende positive Vorschrift gefunden werden kann, behauptet, dass dem bei Gelegenheit von Uebertragungen beweglicher Sachen gegebenen rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbote, das in die Form einer Resolutivbedingung gekleidet ist, eine Wirkung gegen Dritte zugeschrieben werden müsse. Man glaubte zu dieser Annahme berechtigt zu sein, da einerseits „nicht zu bezweifeln ist, dass mittels auflösender Bedingung bei Veräusserung einer Sache für den Fall der Weiterveräusserung derselben durch den Erwerber deren Rückfall vereinbart werden kann[128]), und da andererseits nach der Vorschrift des § 158 Absatz 2 die Wirkung eines Rechtsgeschäfts, das unter einer auflösenden Bedingung vorgenommen ist, mit dem Eintritte der Bedingung endigt und der frühere Rechtszustand mit diesem Zeitpunkte wieder eintritt. Auch die Bestimmung des § 161 Abs. 2, dass bei einer auflösenden Bedingung jede Verfügung seitens desjenigen, dessen Recht mit dem Eintritt der Bedingung endigt, unwirksam, der Erwerb eines Dritten also unmöglich sei, meinten die Vertreter der dinglichen Wirkung des in die Form einer Resolutivbedingung eingekleideten Veräusserungsverbotes als Stütze für ihre Ansicht anführen zu können.

Demgegenüber muss aufs schärfste betont werden, dass die Nichtigkeit der dem Verbote zuwider vorgenommenen Veräusserung nicht die Folge dieses, sondern vielmehr die des Eintritts der Resolutivbedingung ist. Das Verbot und die Resolutivklausel gehen ja zwar in einander über, sie sind aber doch nicht dasselbe. Das Verbot ist das primäre, ihm ist die für den Fall des Zuwiderhandelns eintretende auflösende Bedingung nur angehängt. Der Rückfall des Eigentums ist erst eine Folge des Eintritts der

[128]) Dernburg, Das Bürgerliche Recht I. S. 371.

Bedingung, dieser aber schon eine Folge des Zuwiderhandels gegen das Verbot. Letzteres kann im übrigen auch hier nur eine obligatorische Wirkung haben; die Verletzung desselben an sich auch hier nur zum Schadensersatz des Stipulators verpflichten. Mit diesem Zuwiderhandeln geht aber noch etwas anderes Hand in Hand: der Eintritt der Resolutivbedingung. Erst dieser und nur dieser allein hat die dingliche Wirkung, dass das Eigentum an den ersten Veräusserer zurückfällt, der Dritte es also nicht erwerben kann.

Der Satz: „die Verbotsklausel führe bei Einkleidung in die Form einer Resolutivbedingung eine Wirkung gegen Dritte herbei", ist aber auch aus einem anderen Grunde widerlegbar oder doch in seiner generellen Behauptung einzuschränken. Wie sich zunächst in Wirklichkeit oftmals zeigt, kann auch die Erfüllung der auflösenden Bedingung nicht einmal immer diese Kraft äussern. Denn nicht in allen Fällen des Zuwiderhandelns gegen ein in die Form einer Resolutivklausel gekleidetes Verbot tritt die Nichtigkeit der Veräusserung ein. Der Dritte kann unter Umständen sehr wohl das Eigentum an der Sache erwerben. Dies ist nämlich stets dann der Fall, wenn der Erwerber das Verbot der Veräusserung nicht kennt; denn hier muss das Princip „Hand wahre Hand" seine Geltung finden. Wenn auch mit dem Momente der Veräusserung die Resolutivklausel sich erfüllt, so muss deren Wirkung dem gutgläubigen Dritten gegenüber dennoch ausgeschlossen sein. Dieser erwirbt das Eigentum an der Sache; der Rückfall desselben an die ersten Veräusserer ist in diesem Falle, trotz der erfüllten Resolutivbedingung, ausgeschlossen. Der auctor kann sich auch hier nur an seinen Kontrahenten halten und gegen ihn Schadensersatzansprüche geltend machen.

Doch nur dann, wenn der Dritte im guten Glauben, d. h. in Unkenntnis von dem Veräusserungsverbote, die Sache erwirbt, kann das Gesagte gelten. Crome geht entschieden zu weit, wenn er dies auch auf alle übrigen Fälle ausdehnen will. Er tut es aber, indem er behauptet: „Die Resolutivbedingung ist ungültig, soweit sie über § 137 B.G.B. hinaus eine unmittelbare dingliche Wirkung herbeiführen soll; denn sie verstösst gegen den zwingenden Charakter der Vorschrift des § 137", der ja gerade die Veräusserungsbefugnis als „eines der wesentlichsten Freiheitsrechte des Individuums" ansieht und sie deshalb unter keinen Umständen durch rechtsgeschäftliche Verbote aufgehoben wissen will.[129]) Soweit dürfen wir jedoch nicht gehen. Mit Ausnahme des Falles, in dem das Hand-wahre-Hand-Princip zur Geltung kommt, müssen wir der Resolutivbedingung

[129]) Crome, System des Bürgerlichen Rechts I, S. 379.

die dingliche Wirkung einräumen und zwar selbst dann, wenn dadurch die Bestimung des § 137, Abs. 2 umgangen wird. Denn auch nach dem heutigen Rechte gilt der Satz: „resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum; der Eintritt der Bedingung hat dingliche Wirkung“[129]) (§ 161 B.G.B.) — nicht aber, um dies nochmals hervorzuheben, das rechtsgeschäftliche (vertragsmässige) Veräusserungsverbot.

§ 21.

Die Verpflichtung zur Nichtveräusserung als Vormerkung.

Wie uns § 137 Satz 2 sagt, soll die Wirksamkeit einer durch Rechtsgeschäft übernommenen Verpflichtung, über ein Recht nicht zu verfügen, nicht in Frage stehen. Von dieser Verpflichtung, die wir als eine rein obligatorische erkannt haben, wird nun aber vielfach behauptet, sie könne, falls sie sich darauf beziehe, ein Recht an einem Grundstück nicht zu veräussern, durch Eintragung ins Grundbuch verdinglicht werden, indem sie „zum Gegenstande einer Vormerkung“[130]) gemacht wird. Denn nach der Vorschrift des § 883 B.G.B. kann für denjengen, der auf Grund des vertragsmäsigen Veräusserungsverbotes im Falle der Verletzung desselben einen Anspruch gegen den Veräusserer haben würde, „zur Sicherung dieses künftigen, bedingten Anspruchs eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen werden.“ Das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot müsse somit auch gegen Dritte wirksam sein, d. h. dingliche Wirkung haben, da ja § 883 Abs. 2 bestimmt, dass „eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird, insoweit unwirksam ist, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Dies gilt auch, wenn die Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt.“

Zu denVertretern dieser Ansicht gehört unter anderen Meissner. Dieser sagt z. B.: „Die Beschränkungen des Berechtigten zu Gunsten einer bestimmten Person betreffs der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht sind dem Erwerber gegenüber wirksam, wenn sie aus dem Grundbuche ersichtlich sind.“

Wie nun aber Dernburg nachgewiesen hat, berührt die Vormerkung gar nicht den Inhalt der vom Eigentümer des Grundstücks übernommenen (Verpflichtung) Leistungspflicht. Das obligatorische Verhältnis zum Stipulator wird nicht verändert. Daher

---

[129]) Crome, System des Bürgerlichen Rechts I, S. 379.
[130]) Gareis, Kommentar z. B.G.B. Allgem. T. (§ 137).

kann denn auch die Nichterfüllung der Verpflichtung nur einen persönlichen Anspruch begründen, die Veräusserung an sich nicht nichtig sein. Der Erwerber wird also Eigentümer, denn „auch die Vormerkung verhindert keineswegs die weitere Begründung von Rechten Dritter an Grundstücken."[131]) Zugleich mit der Veräusserung wird aber auch das vorgemerkte Recht auf Rückgabe des Grundstücks perfekt. Und hierdurch wird nun das in der Zwischenzeit entstandene Eigentumsrecht des Dritten wieder aufgehoben, so dass jetzt der Berechtigte mit der dinglichen Klage, die ihm die Vormerkung gibt, die veräusserte Sache von dem Dritten, dessen Recht wieder in sich zusammengefallen ist, zurückfordern kann. In demselben Sinne spricht sich auch Dernburg aus mit den Worten: „Der Anspruch (aus dem vertragsmässigen Veräusserungsverbot) bleibt ein persönlicher gegen den ursprünglich Verpflichteten. Aber er belastet infolge der Vormerkung zugleich das Grundstück dinglich. Die Vormerkung verhindert keineswegs die weitere Begründung von Rechten Dritter am Grundstücke. Solche Rechte aber, mögen sie eine Veräusserung oder eine Belastung enthalten, können dem Vorgemerkten nicht nachteilig werden. Das vorgemerkte Recht wirkt, wenn es perfekt und liquid wird, aufhebend auf alle in der Zwischenzeit durch Dritte erworbene entgegenstehende Rechte." (Dernburg, Bürgerliches Recht III, § 50, S. 149.)

Das Veräusserungsverbot ergreift also auch in diesem Falle als solches nicht das Objekt. Der Promittent wird aus ihm auch hier nur persönlich verpflichtet.[132]) Die dingliche Wirkung ist nur der Vormerkung zuzuschreiben, die auf Grund der Beschränkung des zur Veräusserung Berechtigten eingetragen ist.

§ 22.

Der Nichtveräusserungsvertrag des Hypothekengläubigers mit seinem Schuldner.

Im allgemeinen, sahen wir, haben die Bestimmungen des gemeinen Rechts über das pactum de non alienando auch im B.G.B. entsprechenden Ausdruck gefunden. Dort wie hier ist dem vertragsmässigen Veräusserungsverbote die volle Wirkung versagt, die Verkehrsfähigkeit veräusserlicher Rechte aufzuheben. Stets hat es nur obligatorische Kraft. Doch in der 17 § 2 D. 20, 5 fanden wir eine Ausnahme von der allgemeinen Regel: Der Vertrag des

131) Dernburg, S. 149 (Bürgerl. Recht § 50).

132) Der durch die Vormerkung betroffene Dritte wird nicht persönlich verpflichtet.

Pfandgläubigers mit seinem Schuldner, dass es letzterem nicht erlaubt sein sollte, das Pfandobjekt zu verkaufen, sollte die Wirkung haben, dass die Veräusserung der von dem Verbote afficierten Sache nichtig wäre. Ganz im Gegensatze zu dieser Bestimmung des römischen Rechts und doch wieder auch als eine Ausnahme von der allgemeinen Regel steht die im § 1136 B.G.B. gegebene Vorschrift, dass „eine Vereinbarung, durch die sich der Eigentümer dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, das (belastete) Grundstück nicht zu veräussern oder nicht weiter zu belasten, nichtig ist."

Gerade dort, wo das gemeine Recht einem vertragsmässigen Veräusserungsverbote die stärkste Kraft zuerteilte, hat unser heutiges Recht selbst die obligatorische Wirkung, die persönliche Verbindlichkeit des Promittenten, ausgeschlossen. Denn es wollte nicht den von ihm „statuierten Grundsatz der Freiheit der Pfandbestellung" durch Privatwillkür wieder beseitigen lassen. Nicht einmal durch ein obligatorisches Verpflichtetsein soll der Eigentümer des Grundstücks gebunden werden.

Veräussert also trotz des rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbotes der Berechtigte sein Eigentum, so ist diese Veräusserung nicht allein vollkommen giltig, sondern auch ohne jede weitere nachteilige Folge für den Veräusserer. Der Stipulator kann in diesem Falle nicht einmal Schadensersatzansprüche gegen den Promittenten geltend machen. Die Rechtsordnung hat ihren Vertrag als einen rechtswidrigen verworfen, und deshalb mag das Interesse an der Einhaltung desselben noch so gross sein, er bleibt doch stets unverbindlich.

Dagegen ist es sehr wohl möglich, dass der Hypothekengläubiger mit dem Eigentümer des ihm verpfändeten Grundstücks rechtsgiltig vereinbart, dass er befugt sein soll, seine Forderung zu kündigen, sobald jener das verpfändete Grundstück veräussert oder weiter verpfändet.[133])

Es ist ferner zu beachten, dass oben erwähntes Verbot nur dann als unverbindlich angesehen werden muss, wenn es mit dem Pfandgläubiger vereinbart wird. Hingegen steht dem nichts im Wege, dass der Berechtigte als Eigentümer sich einem Dritten gegenüber wirksam zur Nichtveräusserung oder Nichtweiterbelastung verpflichten kann. In diesem Falle müsste also wieder gelten, was für das vertragsmässige Veräusserungsverbot im allgemeinen gilt, dass die Veräusserung zwar keineswegs ungültig ist, dass der Promittent aber doch obligatorisch verbunden ist, dem Kontrahenten wegen der Uebertretung des Verbotes Schadensersatz oder, falls eine Vertragsstrafe vereinbart ist, diese zu leisten.

---

[133]) cf. Dernburg, Bürgerl. Recht III, S. 638, § 234.

§ 23.

Das vertragsmässige Cessionsverbot.

Wie uns der Grundsatz des § 137 zeigt, hat das B.G.B. dem Privatwillen die Macht entzogen, die an sich veräusserlichen Rechte ihrer Verkehrsfähigkeit zu berauben. Doch nur hinsichtlich der dinglichen Rechte hat es diesen Rechtssatz consequent beibehalten, bezüglich der Forderungen aber macht das Gesetz einen Unterschied, ob das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot zwischen dem Gläubiger und einem Dritten oder zwischen ihm und dem Schuldner vereinbart wird. Im ersten Falle dieses vertragsmässigen Cessionsverbotes sollen die allgemeinen Bestimmungen des § 137 Anwendung finden. Hat sich also z. B. der Gläubiger seinem Gläubiger gegenüber verpflichtet, über die ihm zustehende Forderung nicht zu verfügen, so wird dadurch seine Befugnis zur Abtretung des Rechts nicht ausgeschlossen. Der Vertrag kann auch hier das Wesen der an sich veräusserlichen Forderung nicht verändern, diese nicht zur unveräusserlichen machen. Sie kann also trotz des Cessionsverbotes rechtsgültig auf den Cessionar übergehen. Die Verpflichtung des Cedenten, welche jene Vereinbarung begründete, kann nur die allgemeine obligatorische Wirkung haben. Infolge seiner Gebundenheit wird er dem Stipulator nur Schadensersatz zu leisten haben, wenn er das Cessionsverbot verletzt. Gegen den Cessionar übt letzteres keine Wirkung aus. Selbst dann, wenn dieser bösgläubig, d. h. in Kenntnis des Verbotes, die Forderung übernimmt, kann sich der Stipulator nicht auf die verabredete Verfügungsbeschränkung berufen. (Protokolle III S. 256.) Das vertragsmässige Cessionsverbot hat also, gleich jedem anderen rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbote, in dem genannten Falle keine dingliche Wirkung.

Wohl aber kann durch den Vertrag des Gläubigers mit seinem Schuldner die Uebertragbarkeit der Forderung mit dinglicher Wirkung ausgeschlossen werden. Diesem im § 399 B.G.B. ausgesprochenen positiven Rechtssatze liegt der schon bei Behandlung des pactum de non cedendo erwähnte Gedanke zu Grunde, dass „durch eine solche Vereinbarung der Inhalt des Forderungsrechtes eine Aenderung erleide, dasselbe aus einem veräusserlichen Rechte in ein unveräusserliches umgewandelt werde. Die den Parteien zustehende Befugnis zu einer solchen Gestaltung ihres Rechtsverhältnisses zu einander sei daher mit der Vorschrift des § 137 durchaus vereinbar.“ (Kom. Prot. in Haidlens Komm. I (§ 137).

Wie wir bei der Betrachtung des pactum de non cedendo im gemeinen Rechte sahen, stand dieser Ansicht, da es an gesetzlichen Bestimmungen fehlte, eine, wenn auch wenig verbreitete, so doch sehr begründete Gegenansicht gegenüber. Letzterer hatte sich auch noch die erste Kommission angeschlossen, indem sie im § 295 Abs. 2 des 1. Entwurfes bestimmte, dass die Uebertragbarkeit einer Forderung mit Wirkung gegen Dritte durch Rechtsgeschäft nicht ausgeschlossen werden könne. Wiewohl auch praktische Gründe genug für die nur obligatorische Kraft jenes Verbotes sprechen, und „das Bestreben des modernen Rechtslebens, den Vermögenswerten eine möglichst schrankenlose Verkehrsfähigkeit zu geben“[134]), durch die Theorie von der dinglichen Wirkung völlig bei Seite gesetzt wird, ist diese doch von der zweiten Kommission zum Rechtssatze erhoben worden. Als Regel wird zwar auch jetzt anerkannt, dass die Person des Gläubigers für den Inhalt der Leistung nicht wesentlich ist, jedenfalls keine so wesentliche Bedeutung hat, dass eine Aenderung in dieser Beziehung als eine Aenderung des Inhalts der Leistung zu betrachten wäre. Dennoch soll es, wie Plank in seiner Anmerkung zum § 399 B.G.B. sagt, den Parteien nicht benommen werden, eine abweichende Bestimmung in dieser Hinsicht zu treffen. Denn wie der Wille der Kontrahenten das Schuldverhältnis begründet, und den Inhalt desselben bestimmt, so müsse es auch von ihm abhängen, welchen Charakter er dem persönlichen Rechte verleiht; ob er die Forderung als eine veräusserliche oder als unveräusserliche entstehen lässt. Somit könne durch das vertragsmässige Cessionsverbot die Uebertragbarkeit[135]) mit dinglicher Wirkung sehr wohl ausgeschlossen werden, und zwar wäre dies nicht nur bei Begründung der Obligation möglich, auch nachträglich könne der Inhalt des Schuldverhältnisses geändert, die als veräusserlich geschaffene Forderung durch die Vereinbarung des Gläubigers mit dem Schuldner zu einer unübertragbaren gemacht werden. Die Folge hiervon ist, dass die Leistung nur an den ursprünglichen Gläubiger erfolgen kann. Denn „die Leistung an einen anderen wäre Veränderung der Leistung, auch wenn sie an sich anderen als dem bisherigen Gläubiger gemacht werden könnte.[136])

Da wir schon bei der Behandlung des pactum de non cedendo im gemeinen Rechte Stellung genommen haben gegen die soeben geschilderte, namentlich von Windscheid vertretene Theorie, so wollen wir hier nur kurz unsere Gegenansicht klarlegen: Das innere

---

[134]) Seuffert, Wirkung d. p. d. n. c. S. 106.
[135]) einer an sich cedierbaren Forderung.
[136]) Matthiass, Lehrb. des Bürg. Rechts I, S. 451.

Wesen eines Rechts kann nicht, wie die Verteidiger jener Meinung behaupten, durch den Willen des einzelnen, durch das rechtsgeschäftliche Cessionsverbot betroffen werden. Ein Recht, das seinen bestimmten Charakter hat, kann diesen nicht im einzelnen Falle, so wie es der Wille der Parteien wünscht, abstreifen. Die von der Rechtsordnung im allgemeinen anerkannte Veräusserlichkeit bleibt hiervon unberührt. Nur dem Schuldner gegenüber kann die Befugnis des an sich zur Veräusserung Berechtigten durch das Verbot betroffen werden.

Trotz alledem ist, wie bereits gesagt wurde, die Theorie Windscheids vom Gesetz zum positiven Rechtssatz erhoben worden; denn § 399 B.G.B. bestimmt: „Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, wenn . . . die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist." So ist es also nun in gesetzlich zulässiger Weise ermöglicht, ein an sich veräusserliches Recht durch ein vertragsmässiges Cessionsverbot von der Veräusserung auszuschliessen. Durch die Vereinbarung des Gläubigers mit dem Schuldner wird also dieselbe Wirkung erzielt, als wenn das Gesetz selbst von vornherein die Forderung als eine unveräusserliche hätte entstehen lassen. Das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot hat somit in diesem Falle „nicht nur schuldvertragsmässige Wirkung unter den Parteien"[137]), sondern wirkt kraft der besonderen gesetzlichen Bestimmung auch gegen Dritte, „also auch im Verhältnisse des neuen Gläubigers zum Schuldner."[138]) Wir haben also die Vorschriften des § 135 B.G.B. über relativ gesetzliche Veräusserungsverbote in Anwendung zu bringen, „denn ein auf ein Rechtsgeschäft sich gründendes, nach gesetzlicher Vorschrift zulässiges Veräusserungsverbot steht einem gesetzlichen Veräusserungsverbote gleich".[139]) Das im § 137 aufgestellte Prinzip wird hier durchbrochen, die allgemeine Bestimmung über die rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbote muss in diesem Falle ausser Kraft treten. Wollte daher der Gläubiger, der in der Vereinbarung mit seinem Schuldner diesem versprach, die Forderung nicht zu übertragen, trotzdem die Cession vornehmen, so wäre dies nicht nur dem Schuldner, sondern auch Dritten gegenüber unwirksam. Die Abtretung würde ohne rechtliche Folge sein. Dies gilt nicht nur dann, wenn jener Dritte in Kenntnis des Cessionsverbotes die Forderung übernehmen wollte, sondern auch in dem Falle, wo er sich in gutem Glauben befand. Auch hier wird die Abtrennung ungültig

[137]) Matthiass, Lehrb. des Bürg. Rechts I, S. 451.

[138]) § 135 B.G.B.: „Verstösst die Verfügung über einen Gegenstand gegen ein gesetzliches Veräusserungsverbot, das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt, so ist sie nur diesen Personen gegenüber unwirksam."

[139]) Goldmann-Lilienthal I, S. 177.

sein, da das persönliche Recht vermöge seines vertragsmässig begründeten unveräusserlichen[140]) Charakters von dem ursprünglichen Gläubiger nicht getrennt werden kann.

Wie es auf Grund des § 399 den Parteien gegeben ist, eine an sich veräusserliche Forderung in eine unveräusserliche umzuwandeln, so kann diese nachträglich auch wieder zur veräusserlichen gemacht werden. Wenn daher der Schuldner der Abtretung der durch das Cessionsverbot ihrer Cedierbarkeit beraubten Forderung zustimmt, so muss hierin die Aufhebung der früheren Vereinbarung erblickt werden. Das vertragsmässige Cessionsverbot verliert damit auch wieder seine Kraft.

Ueberträgt der Gläubiger, ohne dass sein Schuldner der Aufhebung des Cessionsverbotes zustimmt, die Forderung auf einen anderen, so kann dies zwar nicht, wie wir oben gesehen haben, als Cession anerkannt werden, dennoch wird jener Dritte die Forderung geltend machen können. Denn in dieser Ueberweisung lässt sich eine Bevollmächtigung erblicken, die sich auf Grund der tatsächlichen Uebertragung des Gläubigerrechts als unwiderruflich darstellt. Somit wird der Dritte sehr wohl imstande sein, die Forderung des ursprünglichen Gläubigers, der auch jetzt noch der rechtliche Gläubiger ist, geltend zu machen.

Da endlich § 413 B.G.B. bestimmt: „Die Vorschriften über die Uebertragung von Forderungen finden auf die Uebertragung anderer Rechte entsprechende Anwendung, soweit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt", so müssen wir auch bezüglich der Urheberrechte u. a. die dingliche Wirkung des vertragsmässigen Cessionsverbotes anerkennen. Doch kann diese Anwendung des § 399 B.G.B. nur in den Fällen Platz greifen, wo der Berechtigte demjenigen, dem er die Ausübung seines Rechtes übertragen hat, verbindlich gemacht hat, dieselbe nicht weiter abzutreten. Hat er sich aber selbst einem Dritten zur Nichtveräusserung verbunden, so kann hier nur eine schuldvertragsmässige Wirkung seines Versprechens angenommen werden.

§ 24.

Die praktischen Folgen der dinglichen Kraft des vertragsmässigen Cessionsverbotes.

So sehr das B.G.B. im Allgemeinen das Bestreben hat, dem Verkehrsleben durch seine einzelnen Bestimmungen Schutz und Sicherheit zu gewähren, hat es doch im § 399 einen Rechtssatz aufgestellt, dessen praktische Folgen gegenüber den im Verhältnis sehr geringen Vorteilen sehr bedenkliche sind. Durch die dingliche Wirkung des vertragsmässigen Cessionsverbotes wird zwar der

[140]) kraft gesetzlicher Bestimmung (§ 399).

Schuldner davor bewahrt, plötzlich einem ganz anderen, härter gesinnten Manne als seinem ursprünglichen Gläubiger zur Leistung verpflichtet zu sein, wie aber steht es mit dem Schutze des Dritten, der in gutem Glauben die Forderung übernahm, der es nicht ahnte, dass ein Cessionsverbot seinem Erwerbe entgegenstand, und, vielleicht erst nach langer Zeit, da er sein Recht geltend machen zu können glaubt, erfahren muss, dass er getäuscht worden ist? Auch ihm gegenüber übt ja jenes Verbot seine volle Wirkung aus. Mit Misstrauen muss man daher jede Cession betrachten; stets ist zu „befürchten, dass die Forderung durch eine Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und Schuldner zur unveräusserlichen gemacht worden ist, ihr Uebergang auf den Cessionar also ausgeschlossen ist. Die Folge der Bestimmung des § 399 wird daher eine sehr hemmende Beschränkung des Verkehrslebens sein.

1. Nur in einem Falle hat das B.G.B. zu Gunsten des gutgläubigen Dritten eine Ausnahme gemacht; indem es im § 405 bestimmte: „Hat der Schuldner eine Urkunde über die Schuld ausgestellt, so kann er sich, wenn die Forderung unter Vorlegung der Urkunde abgetreten wird, dem neuen Gläubiger gegenüber nicht darauf berufen, dass (die Eingehung oder Anerkennung des Schuldverhältnisses nur zum Scheine erfolgt oder dass) die Abtretung durch Vereinbarung mit dem ursprünglichen Gläubiger ausgeschlossen sei, es sei denn, dass der neue Gläubiger bei der Abtretung den Sachverhalt kannte oder kennen musste." Hier cessiert also die dingliche Wirkung des Abtretungsverbotes; der Schuldner kann sich auf die Vereinbarung, die er mit seinem Gläubiger getroffen, dem Dritten gegenüber nicht stützen. Die Uebertragung der Forderung wird in diesem Falle rechtlich anerkannt werden. Der Schuldner ist nunmehr dem Cessionar zur Erfüllung der Leistung verpflichtet.

Doch nur für den gutgläubigen Dritten kann die Beurkundung der Forderung und die unter Vorlegung der Urkunde erfolgte Cession rechtliche Anerkennung finden. Hat jedoch der Cessionar bei der Abtretung jene Vereinbarung des Cedenten mit seinem Schuldner gekannt oder hätte er sie kennen müssen, so wird hier, trotz der Ausstellung und Vorlegung der Urkunde, die dingliche Wirkung des Cessionsverbotes wieder eintreten. In diesem Falle versagt die Rechtsordnung dem Schuldner ihren Schutz nicht, so dass er sich dem böswilligen Dritten gegenüber auf seinen Vertrag mit dem Gläubiger berufen kann.

Will daher ein Schuldner, dem daran gelegen ist, nur seinem ursprünglichen Gläubiger leisten zu müssen, sicher gehen, so wird er dafür sorgen, dass das vertragsmässige Cessionsverbot in die

Urkunde, die über das Schuldverhältnis ausgestellt wird, aufgenommen wird. Trifft er die Vereinbarung mit dem creditor nicht schon bei der Aufstellung der Urkunde sondern erst später, so wird er sich einen Vermerk auf derselben machen lassen. Dann wird sich der Dritte nicht auf guten Glauben berufen können; und das vertragsmässige Cessionsverbot wird die im § 399 gegebene Wirkung haben.

2) Eine zweite Folge der Bestimmung des § 399, dass „eine Forderung nicht abgetreten werden kann, wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist", würde die sein, dass auch die Pfändbarkeit der Forderung ausgeschlossen ist. Dem Gläubiger wäre so die Möglichkeit gegeben, seine Forderungen dem Zugriffe seiner Gläubiger zu entziehen. Dieser Gefahr ist nun aber die C.P.O. in ihrem § 851_2 entgegengetreten und hat von der Regel, dass eine nicht übertragbare Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist, folgende Ausnahme gemacht: „Eine nach dem § 399 des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht übertragbare Forderung kann insoweit gepfändet und zur Einziehung überwiesen werden, als der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterworfen ist." Die an sich veräusserliche Forderung verliert also auch in diesem Falle trotz des vertragsmässigen Cessionsverbotes ihren veräusserlichen Charakter nicht. Es liegt daher in der Pfändbarkeit einer solchen Forderung nicht nur eine Ausnahme von dem im § 851 Abs. 1 ausgesprochenen Prinzip, „dass eine Forderung der Pfändung nur insoweit unterworfen ist, als sie übertragbar ist", sondern zugleich, da sich das eine aus dem anderen ergibt, ein Ausschluss der dinglichen Wirkung des rechtsgeschäftlichen Cessionsverbotes.

Auch für das Konkursverfahren musste die Bestimmung des § 851 Abs. 2 C.P.O. Geltung erhalten, denn auch hier ist es nötig, die schädlichen Konsequenzen der Vorschrift des § 399 B.G.B. zu beseitigen. Wenn daher § 1 Abs. 4 K.O. besagt: „Gegenstände, die nicht gepfändet werden sollen, gehören nicht zur Konkursmasse", so bilden doch die durch rechtsgeschäftliches Veräusserungsverbot zwar zu nicht übertragbaren gemachten, nach § 851 Abs. 2 C.P.O. aber pfändbaren Forderungen sehr wohl einen Bestandteil des der Zwangsvollstreckung unterliegenden Vermögens des Gemeinschuldners.

§ 25.

Die letztwilligen Veräusserungsverbote.

Während der Erblasser nach gemeinem Rechte ein Veräusserungsverbot mit dinglicher Wirkung erliess, sobald er zu Gunsten einer bestimmten Person die Veräusserung einer hinterlassenen

Sache untersagte, kann er nach heutigem Rechte den Erben oder den Vermächtnisnehmer durch ein derartiges Verbot stets nur persönlich verpflichten. Im Gegensatze zum gemeinen Rechte ist das Vermächtnis — und als solches stellt sich ja das Veräusserungsverbot im gegebenen Falle dar — jetzt nur noch von obligatorischer Wirkung, es begründet für den Vermächtnisnehmer nur einen obligatorischen Anspruch. So nämlich bestimmt § 2174 B.G.B. Denn dort heisst es: „Durch das Vermächtnis wird für den Bedachten das Recht begründet, von dem Beschwerten die Leistung des vermachten Gegenstandes zu fordern." Dem Erben oder dem Vermächtnisnehmer kann also die Befugnis zur Verfügung über ein veräusserliches Recht durch den Willen des Testators nicht genommen werden. Trotz des letztwilligen Veräusserungsverbotes können sie das hinterlassene Recht gültig auf einen anderen übertragen, ohne dass es diesem wieder entzogen werden könnte. Dies muss sogar dann gelten, wenn der Erwerber nicht in gutem Glauben war. Stets hat das letztwillige Veräusserungsverbot als Vermächtnis, kraft der positiven Vorschrift des § 2174, nur die Wirkung, dass dem Bedachten im Falle der Zuwiderhandlung ein Schadensersatzanspruch gegen den Belasteten zusteht.

Doch auch dann, wenn der Erblasser das Veräusserungsverbot nicht im Interesse einer bestimmten, dritten Person, sondern im eigenen idealen oder im allgemeinen, öffentlichen Interesse gegeben hat, ist es von obligatorischer Wirkung. Im Gegensatze zum Vermächtnis muss man alsdann eine Auflage in ihm erblicken, deren Vollziehung, wie § 2194 B.G.B. besagt, der Erbe, der Miterbe, derjenige, welchem der Wegfall des mit der Auflage zunächst Beschwerten unmittelbar zu statten kommen würde, oder, wenn die Vollziehung im öffentlichen Interesse liegt, die zuständige Behörde verlangen kann. So begründet also das letztwillige Veräusserungsverbot auch in diesem Falle nur ein persönliches Gebundensein des Beschwerten. Die Bestimmung des § 137 Satz 1 B.G.B., dass die Befugnis zur Verfügung über ein veräusserliches Recht durch Rechtsgeschäft dem Berechtigten nicht genommen werden kann, gilt nicht minder hier wie dort.

Dennoch ist es nicht unmöglich, die Verfügungsbefugnis des Erben aufzuheben oder zu beschränken. Wenn auch die reinen letztwilligen Veräusserungsverbote diese Kraft nicht haben, so kann der Erblasser doch durch einige andere letztwillige Anordnungen die Veräusserung von Nachlassgegenständen durch den Erben verhindern. Das wirksamste Mittel hierfür ist die Ernennung eines Testamentsvollstreckers. Damit wird das Verfügungsrecht des Erben gänzlich ausgeschlossen; denn „über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegnden Nach-

lassgegenstand kann der Erbe nicht verfügen" (cf. § 2211 B.G.B.); jede Veräusserung seinerseits würde also nichtig sein, der Dritte würde das veräusserte Recht nicht erwerben können. Jedoch sind auch hier die Vorschriften zu Gunsten gutgläubiger Erwerber von Nichtberechtigten entsprechend anzuwenden. (cf. § 2211.) Persönliche Gläubiger des Erben, die nicht zu den Nachlassgläubigern gehören, können sich freilich nicht an die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlassgegenstände halten" (§ 2214). „Der Erblasser kann sogar den Pflichtteil verschwenderischer oder überschuldeter Abkömmlinge nach § 2338 unter die Verwaltung eines Testamentsvollstreckers stellen und ein Veräusserungsverbot hierauf erstrecken, so dass der Abkömmling nur Anspruch auf den jährlichen Reinertrag des Pflichtteils hat."[141])

In ähnlicher, wenn auch weniger umfangreichen Weise kann der Erblasser die Verfügungsgewalt des Erben durch Einsetzung eines Nacherben beschränken. Im allgemeinen ist zwar der Vorerbe berechtigt, über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände zu verfügen (§ 2112); sobald es sich aber um Verfügungen über ein Grundstück oder um Schenkungen handelt, steht ihm diese Befugnis nicht zu. „Seine Verfügung über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück oder über ein zur Erbschaft gehörendes Recht an einem Grundstück ist unwirksam" (§ 2113), soweit sie „das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde. Das Gleiche gilt von der Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand, die unentgeltlich oder zum Zwecke der Erfüllung eines von dem Vorerben erteilten Schenkungsversprechens erfolgt. Ausgenommen sind Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird. Die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden jedoch entsprechende Anwendung." Wie der Erbe selbst durch die Einsetzung eines Nacherben in seiner freien Verfügungsbefugnis beschränkt wird, so ist auch „eine Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt, im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde. Hingegen ist die Verfügung unbeschränkt wirksam, wenn der Anspruch eines Nachlassgläubigers oder ein an einem Erbschaftsgegenstande bestehendes Recht geltend gemacht wird, das im Falle des Eintritts der Nacherbfolge dem Nacherben gegenüber wirksam ist." (§ 2115.)

141) Dernburg, Das Bürgerliche Recht I, S. 371.